

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIAS**

MARCÍLIA SOARES MELQUÍADES DE ARAÚJO

**A RELATIVIZAÇÃO DAS NULIDADES NO PROCESSO
PENAL: a validade *prima facie* dos atos processuais**

**JOÃO PESSOA
2011**

MARCÍLIA SOARES MELQUÍADES DE ARAÚJO

A RELATIVIZAÇÃO DAS NULIDADES NO PROCESSO PENAL: a
validade *prima facie* dos atos processuais

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como pré-requisito para a obtenção do título
de Bacharel em Direito pela Universidade
Federal da Paraíba.

Área: Direito Processual Penal.

Orientadora: Prof^a. Msc. Lenilma Cristina
Sena de Figueiredo Meirelles.

Araújo, Marcília Soares Melquíades de.

A663r A relativização das nulidades no processo penal: a validade *prima facie* dos atos processuais / Marcília Soares Melquíades de Araújo – João Pessoa, 2011.
89f.

Monografia (Graduação) – UFPB/CCJ, 2011.
Orientadora: Prof^a. MSc. Lenilma Cristina S. de Figueiredo Meirelles.

1. Direito Processual Penal. 2. Atos processuais. 3. Nulidades. 4. Caso concreto. 5. Relativização. 6. Validade *prima facie*.

CDU – 347.959

MARCÍLIA SOARES MELQUÍADES DE ARAÚJO

A RELATIVIZAÇÃO DAS NULIDADES NO PROCESSO PENAL: a
validade *prima facie* dos atos processuais

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof^ª. Msc. Lenilma Cristina Sena de Figueiredo Meirelles

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

JOÃO PESSOA
2011

Dedico este trabalho aos acadêmicos do curso de Direito no sentido de proporcionar pensamentos e reflexões acerca da relativização das nulidades no processo penal.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, a Deus, pela sua presença constante em minha vida, e por ter permitido a finalização deste trabalho.

Aos meus pais, Raimunda Soares Neta e Marcelo Melquíades de Araújo, por terem contribuído fundamentalmente para a formação do meu caráter e por me darem forças para seguir lutando em busca dos meus objetivos. Não existem palavras para expressar a minha gratidão.

Aos meus irmãos, Ana Emília Soares Melquíades de Araújo e Marcelo Melquíades de Araújo Filho, pelo amor puro e sincero e por estarem ao meu lado há tantos anos, compartilhando inúmeros momentos felizes.

Ao meu namorado, Lucas Ramalho de Araújo Leite, pelo amor, pela compreensão e pelos momentos felizes que vem me proporcionando há mais de três anos.

Aos professores de direito e colegas de curso, pela significativa contribuição para a construção do conhecimento que tenho hoje.

E, por fim, a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a concretização deste trabalho.

“De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto”.

Rui Barbosa.

RESUMO

O presente trabalho monográfico se propõe a analisar o recente fenômeno da relativização das nulidades no âmbito do processo penal, sob o enfoque do princípio da validade *prima facie* dos atos processuais, tendência, esta, que vem se registrando em parcela da doutrina nacional e, inclusive, em recentes julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. O modelo contemporâneo das nulidades processuais penais no Brasil padece de vários desencontros teóricos, o que problematiza a sua compreensão e evidencia um terreno de difícil trânsito. A legislação processual penal em vigor, que traz em seu bojo regras bastante imprecisas, em nada contribui para facilitar o entendimento desse instituto processual. Ademais, verifica-se que, na prática, o processo penal transformou-se num verdadeiro campo de guerra em que a defesa tenta, de qualquer maneira, anular todo o processo ou um ato processual específico, na busca incessante de que o procedimento retorne a fases anteriores e, ao final, seja declarada a extinção da punibilidade do réu em virtude da prescrição. Por essas e outras razões (que veremos ao longo desse estudo monográfico), a importância de se demonstrar que a decretação judicial de nulidade deve ser entendida como medida excepcional, aplicável como *ultima ratio*, isto é, somente se não houver outra solução menos gravosa para o trâmite processual, de modo a contrabalancear o interesse público no esclarecimento da verdade e na sanção à conduta criminosa com o interesse público na preservação das garantias fundamentais asseguradas ao acusado. Portanto, somente se aplica a sanção judicial de nulidade à determinado ato praticado em desconformidade com o modelo prescrito em lei se não for possível aproveitá-lo. Para uma melhor compreensão do tema central do presente trabalho, o estudo partirá da análise histórica dos sistemas de nulidades processuais penais. Num segundo momento da pesquisa, será abordado, de modo geral, o conceito de ato processual, bem como seus elementos, seus planos de existência, validade e eficácia, a nulidade em si e as mais diversas classificações doutrinárias atinentes a esse instituto processual tão importante. Após, discorreremos acerca do amparo principiológico pertinente ao sistema das nulidades processuais penais, com ênfase em seus preceitos relativizadores, quais sejam, os princípios da proporcionalidade, do prejuízo, da instrumentalidade das formas, da cooperação e da boa-fé processual. No último capítulo, após identificar e traçar os contornos gerais das nulidades processuais penais e dos seus princípios flexibilizadores, será feito um exame do nosso objeto de estudo propriamente dito, ou seja, do fenômeno da relativização das nulidades no processo penal, sob o prisma da premissa da validade apriorística dos atos processuais, após o que finalizaremos com a apresentação de algumas das recentes jurisprudências dos tribunais superiores que corroboram com a corrente doutrinária pela qual nos filiamos.

Palavras-chave: Atos Processuais. Nulidades. Caso concreto. Relativização. Validade *prima facie*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	13
1.1 SISTEMAS DE NULIDADES PROCESSUAIS PENAIIS NA HISTÓRIA.....	13
1.2 SISTEMAS DE NULIDADES PROCESSUAIS PENAIIS NO BRASIL.....	16
1.3 CLASSIFICAÇÕES DOS SISTEMAS DE NULIDADES PROCESSUAIS PENAIIS.....	21
2 ATO PROCESSUAL E NULIDADE.....	23
2.1 ESCLARECIMENTOS TERMINOLÓGICOS ACERCA DOS PLANOS DE EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DOS ATOS PROCESSUAIS.....	23
2.2 ATO PROCESSUAL.....	24
2.2.1 Elementos do ato processual.....	26
2.3 NULIDADE.....	27
2.3.1 Fundamento constitucional.....	28
2.3.2 Conceito.....	28
2.3.3 Previsão de rol taxativo ou exemplificativo das nulidades processuais penais.....	31
2.4 CLASSIFICAÇÕES NA DOUTRINA.....	32
3 AMPARO PRINCIPIOLÓGICO PERTINENTE AO SISTEMA DAS NULIDADES PROCESSUAIS PENAIIS.....	36
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	36
3.2 PRINCÍPIOS BASILARES.....	37
3.2.1 Princípio da tipicidade das formas.....	37
3.2.2 Princípio do interesse.....	37
3.2.3 Princípio da convalidação.....	39
3.2.4 Princípio da causalidade.....	41
3.2.5 Princípio da economia processual.....	42
3.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	43
3.4 PRINCÍPIO DO PREJUÍZO.....	46
3.5 PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS.....	47
3.6 PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO.....	49

3.7 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL.....	51
4 PELA RELATIVIZAÇÃO DAS NULIDADES NO PROCESSO PENAL: A VALIDEZ APRIORÍSTICA DOS ATOS PROCESSUAIS.....	54
4.1 O ATUAL PANORAMA DAS NULIDADES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	54
4.2 CRÍTICAS À TEORIZAÇÃO ATUAL SOBRE AS NULIDADES PROCESSUAIS PENAIIS.....	54
4.3 A RELATIVIZAÇÃO DAS NULIDADES NO PROCESSO PENAL.....	56
4.4 A VALIDEZ APRIORÍSTICA DOS ATOS PROCESSUAIS.....	57
4.4.1 A nulidade e o caso concreto.....	59
4.4.2 Garantias processuais penais do acusado x eficiência do processo.....	60
4.4.3 A equivocada compreensão do prejuízo.....	62
4.4.4 A instrumentalidade das formas como princípio processual reitor.....	66
4.4.5 A cooperação como forma de evitar vícios/nulidades processuais.....	67
4.4.6 A boa-fé e sua aplicação ao processo penal.....	69
4.5 ÔNUS ARGUMENTATIVO.....	71
4.6 RECENTES EXEMPLOS JURISPRUDENCIAIS DE RELATIZAÇÃO DAS NULIDADES NO PROCESSO PENAL.....	73
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	83
REFERÊNCIAS.....	86

INTRODUÇÃO

O tema da presente Monografia teve a sua origem nos intensos debates doutrinários acerca da sistematização do instituto das nulidades processuais penais do ordenamento jurídico brasileiro, bem como na problematização verificada na sua aplicação pelos tribunais pátrios, onde, na prática, o processo penal transformou-se num verdadeiro campo de guerra em que a defesa tenta, de inúmeras maneiras, anular todo o processo ou um ato processual específico, na busca incessante de que o procedimento retorne a fases anteriores e, ao final, seja possivelmente declarada a extinção da punibilidade do réu em virtude da superveniência da prescrição.

A relativização das nulidades no processo penal é tema que, embora timidamente, vem ganhando cada vez mais espaço nos estudos realizados na seara das invalidades processuais pela doutrina mais moderna. Vem conquistando espaço também nas mais recentes jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

A tendência jurisprudencial dos tribunais superiores nos últimos tempos tem sido relevar os vícios dos atos praticados em desconformidade com a lei, evitar as declarações judiciais de nulidades e aproveitar os atos processuais, sem qualquer distinção a respeito da gravidade dos seus defeitos.

A flexibilização das nulidades processuais penais defendida neste estudo monográfico não consiste na “desprocessualização” do sistema. O procedimento é importante para reduzir as assimetrias processuais e, juntamente com os princípios do contraditório e da ampla defesa, conduz, de forma eficaz, à decisão judicial. O que deve ser mudado, na verdade, é o raciocínio da invalidação e a compreensão das nulidades.

Atualmente, existe uma espécie de “meta legislativa” no sentido de máximo aproveitamento dos atos processuais praticados, de forma que a declaração judicial de nulidade deva constituir medida excepcional, aplicável como *ultima ratio*, isto é, somente se não houver outra solução menos gravosa para o trâmite processual. Dentro desse contexto, emerge o princípio da validade *prima facie* dos atos processuais, segundo o qual “se não ficarem caracterizadas circunstâncias especiais que revelem uma repercussão deletéria daquele defeito formal, mantém-se a prioridade normativa pela validade do ato”.¹

¹ CABRAL, Antônio do Passo. Nulidades no Processo Penal entre Garantismo, Instrumentalidade e Boa-Fé: a validade *prima facie* dos atos processuais. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo

Da mesma forma que existe um interesse público na assecuridade dos direitos processuais do réu, existe o interesse público na busca da verdade real e na sanção à conduta criminosa. Ao magistrado caberá, por ocasião da verificação de um ato praticado irregularmente, buscar um ponto de equilíbrio entre as garantias processuais do acusado e a efetividade do processo penal, ponderando qual dos interesses deverá prevalecer no caso concreto.

Nada, nem mesmo o direito à ampla defesa e ao contraditório, deve ser exaltado ao ponto de impedir o normal conduzimento da marcha processual dentro dos padrões normativos da ética processual. “Não há outro interesse público mais alto para o processo do que o de cumprir tal destinação de veículo, de instrumento de integração da ordem jurídica mediante a concretização imperativa do direito material”.²

O tipo de pesquisa que se pretende realizar é o qualitativo, de forma a, através das técnicas bibliográfica e documental, aferir o fenômeno da relativização das nulidades processuais penais, sob o prisma do princípio da validade apriorística dos atos processuais. No que concerne à técnica bibliográfica, será realizada uma revisão da doutrina pertinente. Nessa etapa, serão confrontadas, por meio do método dialético, as opiniões dos doutrinadores, de modo a, a partir desse confronto, realizar uma ponderação a respeito dos diferentes pontos de vista e chegar a uma conclusão racional a respeito dos aspectos controversos inerentes ao tema.

Concomitantemente a essa pesquisa bibliográfica, utilizar-se-á da técnica documental, através de análise da legislação nacional e de acórdãos dos tribunais pátrios. Serão buscadas, no tratamento conferido pela legislação nacional e no entendimento jurisprudencial dos tribunais pátrios, evidências que sirvam de fundamento para as afirmações e posicionamentos adotados ao longo desse trabalho monográfico. Quanto às leis, utilizar-se-á o método dedutivo, que parte de considerações gerais para questões mais específicas, dentro de um processo de análise constante. No que concerne à jurisprudência, lançar-se-á mão do método indutivo, na medida em que se partirá de casos particulares para supor o geral e o argumentativo.

Para uma melhor compreensão do tema central do presente trabalho – a relativização das nulidades no processo penal sob o prisma da premissa da validade *prima facie* dos atos

(Orgs.). **Garantismo Penal Integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. 2. ed. Salvador: Jus PODIVM, 2010, p. 392.

² MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1.0079.07.367613-6/001**. 6ª Câmara Cível. Rel. Des. Antônio Sérvulo, J. 19.08.2008. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 20.11.2011.

processuais -, o estudo partirá de uma análise histórica dos sistemas de nulidades processuais penais. Como veremos, esse instituto tem longa existência no campo jurídico.

Num segundo momento da pesquisa, será abordado, de modo geral, o conceito de ato processual, seus elementos, seus planos de existência, validade e eficácia, bem como a natureza da nulidade processual e as mais diversas classificações doutrinárias atinentes ao assunto. Nessa ocasião, constataremos o intenso anacronismo entre o que é vocalizado pelas lições doutrinárias, o que evidencia um terreno de difícil trânsito, corroborando com a problematização na compreensão do tema.

Após, será feito um exame do amparo principiológico pertinente ao sistema das nulidades processuais penais, com ênfase em seus preceitos relativizadores, quais sejam, os princípios da proporcionalidade, do prejuízo, da instrumentalidade das formas, da cooperação e da boa-fé processual.

Por fim, será abordado o objeto central do presente estudo. Após identificar e traçar os contornos e premissas gerais atinentes ao instituto das nulidades processuais penais, bem como os conflitos referentes à matéria, pretende-se formular, à luz do princípio da validade *prima facie* dos atos processuais e demais preceitos flexibilizadores do sistema processual, um posicionamento jurídico acerca do assunto, buscando-se soluções doutrinárias e jurisprudenciais capazes de apontar as possibilidades de se relativizar as nulidades no processo penal, inclusive, aquelas tidas tradicionalmente como “absolutas”.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

1.1 SISTEMAS DE NULIDADES PROCESSUAIS PENAIS NA HISTÓRIA

O instituto das nulidades tem longa existência no campo jurídico. Houve época em que todo ato processual praticado irregularmente era nulo, o que, na prática, acabava favorecendo a má-fé das partes componentes da relação processual.

A partir do momento em que se começou a dar forma ao processo, a regulamentá-lo, surgiram, fortalecendo-se na tradição, regras de conduta processual. Nas palavras de Paulo Sérgio Leite Fernandes e Geórgia Bajer Fernandes:

As formalidades, certamente, são regras de procedimento. Na vida comum existem também tais normas, acompanhadas de sanções – morais ou legais (...). Lembre-se a fase selvática do Direito Penal. Era o tempo dos juízos de Deus. Os cavaleiros se colocavam na liça e com armas decidiam quem tinha razão, guiado o vencedor, segundo crença geral, pela onipotência divina. Já naquela época havia normas de conduta (ou de procedimento) ou ainda rituais. Passados os anos, veio o procedimento escrito, com suas formalidades e solenidades.³

O Direito Romano, tão fecundo em relação às infrações penais, era quase omissivo no que dizia respeito à instrução criminal. As leis romanas pouca importância dispensaram ao sistema de nulidades processuais penais. A razão dessa omissão, segundo Heráclito Antônio Mossin, se devia ao seguinte fato:

(...) os julgadores daquela época, tendo em consideração o respeito devido à liberdade física do indivíduo, de sua vida, de sua condição de cidadão, procuravam fazer do processo romano um instrumento de aplicação da lei sem vícios capazes de torná-lo ineficaz. Aquela seriedade era fator indicativo da desnecessidade de se fazer regras jurídicas, a exemplo do que acontece na atualidade, tendentes a anular o processo toda vez que se verificassem omissões capazes de prejudicar a administração da Justiça.⁴

Ao contrário do que ocorria na seara processual penal, no campo do processo civil o instituto das nulidades era mais difundido na legislação romana. Aqui, qualquer ato processual que violasse uma forma procedimental ensejava a nulidade.

³ FERNANDES, Paulo Sérgio Leite; FERNANDES, Geórgia Bajer. **Nulidades no Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 16.

⁴ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Nulidades no Direito Processual Penal**. 3. ed. Barueri: Manole, 2005, p. 4.

Durante o período medieval, segundo Paulo S. L. Fernandes e Geórgia B. Fernandes, devido à influência romanista, o respeito às formas no processo civil prevaleceu como um princípio rígido. Assim, qualquer desvio de forma acarretava em nulidade.⁵

A legislação francesa, por sua vez, inspirou fortemente o nosso legislador no que tange ao regramento das nulidades, sendo, em razão disso, a responsável pela edificação desse importantíssimo instituto na legislação brasileira.

A Ordenança Francesa de 1667, responsável pela difusão das nulidades na seara processual civil e que, por conseguinte, acabou influenciando o processo penal, posto que os princípios que regem um e outro são bastante semelhantes, manteve a mesma tendência do direito romano. A esse respeito, acrescenta Paulo S. L. Fernandes e Geórgia B. Fernandes que:

Ainda na França, em 1791, a lei de 16 de setembro, no art. 24, Título VIII, considerava nulos os julgamentos “em razão de omissão ou violação das formas essenciais na instrução do processo”. No mesmo mês e ano as instruções legislativas acrescentavam: “Os pedidos de cassação não poderão ser formulados senão em virtude de nulidade pronunciada em lei, quer na instrução, quer nos julgamentos”. Adiante: “O Tribunal de Cassação não pode anular os julgamentos dos Tribunais Criminais senão nos seguintes casos: (...) 2º Quando as formas ou procedimentos prescritos pela lei sob pena de nulidade forem violados ou omitidos”.⁶

O Projeto de Código de Instrução Criminal Francês seguiu a orientação primitiva. Nesse sentido, assevera Florêncio de Abreu:

os redatores do Código de Instrução Criminal, ao que parece, não pretenderam fazer qualquer inovação. A esse respeito, o projeto continha a seguinte redação: “As decisões e julgamentos proferidos em matéria criminal, correccional e de polícia, e a instrução e as diligências que lhes precederem só poderão ser anulados nos seguintes casos: 1º) quando os juizes houverem decidido com excesso de poder; 2º) quando tiverem violado na instrução diligências, decisões ou julgamento, qualquer das formas que o presente Código prescrever sob pena de nulidade (...)”.⁷

Segundo Mossin, a referida proposta de lei sofreu várias críticas por ocasião de sua discussão no Conselho do Estado, principalmente no que dizia respeito à situação do réu condenado e do réu absolvido. Sobre aquele, o recurso era fácil, mesmo por motivo irrelevante. Com relação a esse último, havia uma tendência para que não se admitisse que ele fosse submetido a novo julgamento e, talvez, condenado.⁸

⁵ FERNANDES; FERNANDES, Geórgia Bajer, *op. cit.*, p. 16.

⁶ *Ibid.*, p. 17.

⁷ *Apud* MOSSIN, *op. cit.*, p. 5.

⁸ *Ibid.*, p. 6.

Assim, nova redação foi dada ao art. 408 do Projeto, incluindo-se nele matéria sobre violação ou omissão de quaisquer das formalidades prescritas pelo Código, sob pena de nulidade, e sobre violação ou omissão da lei sobre a persecução da parte condenada ou do Ministério Público.

Urge trazer à baila importante observação feita por Mossin a respeito do artigo retro referido:

Em tema de Exposição de Motivos sobre a matéria legislativa contida no art. 408 do Projeto, para melhor verificar sua inteligência, há de se observar o acréscimo feito pelo seu relator: “As leis que sancionastes não agrupam numa mesma classe as infrações que podem ser cometidas: a justiça exige essa distinção. Com efeito, entre as formalidades prescritas, umas são principais e tidas como de natureza a influir sobre a instrução e o julgamento; as outras são recomendadas como geralmente úteis, mas sua preterição não pode ter consequências tão graves quanto às das principais. A inobservância das formalidades menos importantes é punida com multas contra os oficiais públicos e com imposições aos juízes que cometerem ou deixarem cometer tais infrações. São, assim, afastadas essas causas mui frequentes de nulidades pronunciadas pela omissão de detalhes pouco essenciais. O Código evita duplo inconveniente, justamente censurado nas leis antigas, de acarretar, muitas vezes por faltas leves, a renovação de processos dispendiosos e deixar desaparecer, pelo perecimento das provas, a convicção dos culpados. Quanto às omissões das penalidades principais, produzem elas a nulidades do processo e julgamento. O art. 408 da lei determina com precisão essas causas de nulidade. São mais ou menos as mesmas prescritas pela lei de 3 de Brumário do ano IV. Seria inútil enumerá-las. Sob o ponto de vista, a lei recebeu a sanção da experiência”.⁹

Foi a partir do advento do art. 408, que começou a se distinguir as formalidades principais (essenciais) das formalidades secundárias (acidentárias). O não cumprimento das primeiras causava a nulidade do processo e da sentença, enquanto que o descumprimento das segundas, tidas simplesmente como irregularidades, poderia acarretar, somente, multa. Sobre o assunto, Paulo S. L. Fernandes e Geórgia B. Fernandes aduzem que a irregularidade causada pela inobservância das formalidades secundárias somente acarretaria em ineficácia se as partes não fossem atendidas em seus protestos.¹⁰

O art. 408 acabou ficando com a seguinte redação:

Se o acusado for condenado e, quer na decisão do Tribunal de Apelação que o mandou julgar pelo Tribunal do Júri, que na instrução ou no processo a que se proceder perante este último Tribunal, quer na própria sentença condenatória, tiver ocorrido violação ou omissão de qualquer formalidade que o presente Código prescreve sob pena de nulidade, essa omissão ou violação determinará, sob a arguição do réu ou do Ministério Público, a nulidade da sentença condenatória e dos atos que lhe procederam, a partir do mais antigo ato nulo. O mesmo será observado, assim, nos casos de incompetência como nos em que o juiz se abstenha ou se recuse

⁹ *Ibid.*, pp. 6-7.

¹⁰ FERNANDES; FERNANDES, Geórgia Bajer, *op. cit.*, p. 17.

a pronunciar, quer em relação a uma ou mais arguições do acusado, quer do Ministério Público, tendentes ao uso de alguma faculdade ou de um direito conferido em lei, se bem que a pena de nulidade não fosse textualmente ligada à ausência de formalidade cuja observância fosse requerida.¹¹

Por fim, resta citar a redação do art. 185 do Código de Processo Penal Italiano, aprovado pelo Decreto régio no 1.399, de 19 de outubro de 1930, atualmente revogado, *in verbis*:

Sempre se entende prescrita sob pena de nulidade a observância das disposições concernentes: 1º) à nomeação e a outras condições de capacidade do juiz, estabelecidas na lei de organização judiciária, e ao número de juízes necessários para constituir o colégio judicante; 2º) a iniciativa do Ministério Público no exercício da ação penal, a sua intervenção no processo em todos os atos em que a lei a declara obrigatória; 3º) a intervenção, a assistência e a representação do acusado, nos casos e pela forma que a lei prescreve.¹²

Foi a partir desse artigo que as causas determinantes da nulidade começaram a vir especificadas em lei.

1.2 SISTEMAS DE NULIDADES PROCESSUAIS PENAIIS NO BRASIL

Durante o período colonial, o Brasil se submetia às normas jurídicas gerais de Portugal. As Ordenações do Reino eram as compilações de todas as leis vigentes em Portugal, mandadas fazer por alguns de seus monarcas e que passavam a constituir a base do direito vigente.¹³

As Ordenações Afonsinas previam o recurso de revista (*revisio de iustitia*) em favor dos condenados, cujo objetivo era declarar a nulidade da decisão submetida ao reexame pelos juízes da suplicação, quando fosse alegado e afirmado que foram dadas por falsas provas, compreendendo-se, neste contexto, as falsidades dos testemunhos ou das escrituras. O suborno ou a suspeita dos juízes também eram pressupostos autorizadores do recurso de revista.¹⁴

As Ordenações Manoelinas mantiveram as mesmas causas indicativas do recurso de revista.

¹¹ MOSSIN, *op. cit.*, pp. 7-8.

¹² *Ibid.*, p.9.

¹³ BRASIL. **Revista Jurídica Virtual**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_03/ordenamento%20jur%20brasil.htm>. Acesso em: 20.11.2011.

¹⁴ MOSSIN, *op. cit.*, p. 10.

As Ordenações Filipinas, no seu Livro III, Título XCV, também tratavam da revista dos feitos, que consistia em um novo exame da causa quando as sentenças proferidas pelas Relações do Reino, tanto na esfera cível quanto na criminal, houvessem sido dadas por falsa prova, por falsas escrituras ou por juízes subornados ou peitados.¹⁵

Como se vê, durante o período de vigência das Ordenações do Reino, as nulidades ali previstas tinham aplicação tanto no âmbito cível quanto no criminal, visto que a legislação reinol não fazia, em muitos casos, como no da revista, distinção entre matéria penal e extrapenal.

É fato que as Ordenações do Reino em muito influenciaram a legislação vigente no início do período republicano. Todavia, conforme Mossin, falando-se em nulidade, o legislador republicano não seguiu os mesmos passos da legislação reinol, mas buscou inspiração na legislação francesa.¹⁶

Após a vigência das Ordenações do Reino de Portugal (do século XVI ao início do século XIX), nossa primeira legislação codificada foi o Código de Processo Criminal de Primeira Instância (Lei de 29 de novembro de 1832), também conhecido como Código de Processo Criminal do Império, que recebeu forte influência do Código de Instrução Criminal Francês. Seu art. 301 previa que:

Das sentenças proferidas pelo Júri não haverá outro recurso senão o de apelação, para a Relação do Distrito, quando não tiverem sido guardadas as formalidades substanciais do processo, ou quando o Juiz de Direito não se conformar com a decisão dos Juízes de Fato, ou não impuser a pena declarada na Lei.¹⁷

Mais adiante, o art. 302 do referido estatuto legal dispunha que:

Julgando-se na Relação procedente o recurso por se não terem guardado as fórmulas prescritas, formar-se-á novo processo na subsequente sessão com outros Jurados, remetendo-se, para esse fim, os autos *ex officio* ao Juiz de Direito, quando a acusação tiver sido por ofício do Promotor; e entregando-se à parte interessada, quando for particular.¹⁸

Do teor do art. 301, Mossin aduz que a nulidade teria lugar sempre quando houvesse desrespeito a qualquer formalidade substancial do processo, irrestritamente, ou seja, qualquer

¹⁵ BRASIL. **Ordenações Filipinas**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p713.htm>>. Acesso em: 20.11.2011.

¹⁶ MOSSIN, *op. cit.*, p. 11.

¹⁷ BRASIL. **Código de Processo Criminal de Primeira Instância**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em: 20.11.2011.

¹⁸ *Loc. cit.*

transgressão formal atinente ao ato processual implicaria em nulidade, sem que fosse preciso averiguar a ocorrência de qualquer prejuízo.¹⁹ Essa situação acabava ocasionando uma verdadeira “fábrica” de nulidades no processo.

A propósito, Florêncio de Abreu cita um caso ocorrido naquela época, em que a Relação do Distrito anulou o julgamento do Tribunal do Júri, “porque não constava dos autos ter o oficial de justiça tocado o badalo ao abrir a sessão”.²⁰

O Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842, em seu art. 456, previa que:

Se a Relação, nos casos da apelação *ex officio*, de que o artigo 449, conhecer pelo exame escrupuloso do processo, ou que nele não foram guardadas as fórmulas substanciais; ou que a decisão é manifestamente contrária à evidência resultante dos depoimentos, provas e atos constantes do mesmo processo, ordenará que a causa seja submetida a novo Júri.²¹

O Regulamento de 25 de novembro de 1850, em seu art. 667, e o Regulamento de 02 de maio de 1874, em seu art. 130, repetiram o disposto no dispositivo supracitado, ao falarem de preterição de fórmulas substanciais e nulidade manifesta. Saliente-se, por oportuno, o que diz Ary Azevedo Franco sobre o assunto:

Em magistral artigo publicado no *O Direito*, v. 5, 1874, p. 5 e segs., de autoria do Desembargador Olegário Herculano de Aquino e Castro, traça o autor crítica deste regime legal, e procura, a propósito de um julgado da Relação de S. Paulo, limitar o conceito de fórmula substancial e de nulidade manifesta: “O Código do processo, no citado artigo, restringe recurso das partes aos casos que menciona; esquece-se, porém, de definir as fórmulas que considera substanciais, e daí provém a variedade e incoerência que de ordinário se observa da apreciação e julgamento das nulidades do processo (...). Não há doutrina positivamente assentada – prossegue o autor em crítica que até nossos dias nada perdeu em oportunidade -, a jurisprudência dos tribunais, que deverá ser a fiel expressão da lei, flutua, ressentindo-se da deficiência da mesma lei (...); o defeito, aqui, está na lei, que por ser omissa ou vaga, deixa surgir a dúvida onde só conviera impetrasse a certeza. Registre-se que por volta de 1870 se haviam colecionado cerca de cento e vinte nulidades decorrentes de preterição de formalidades substanciais. Para demonstrar o quanto permaneceu flutuante o conceito de formalidade substancial, mesmo sem recorrer a rigorosas estatísticas, recorremos ao trabalho de Costa e Silva Sobrinho, *Nulidades do Processo Criminal*, 1920. Ali se encontram compendiadas 624 nulidades. E muitas terão escapado ao colecionador. Até a data da lei seriam mais de mil as formalidades consideradas essenciais pela jurisprudência”.²²

¹⁹ MOSSIN, *op. cit.*, p. 12.

²⁰ *Apud* MOSSIN, *op. cit.*, p. 13.

²¹ BRASIL. **Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842.** Disponível em: <<http://www.prpe.mpf.gov.br/internet/Legislacao/Criminal/Regulamentos/REGULAMENTO-N.-120-DE-31-DE-JANEIRO-DE-1842>> Acesso em: 20.11.2011.

²² *Apud* MOSSIN, *op. cit.*, pp. 14-15.

Para efeito de cotejo, Mossin leciona que em pesquisa realizada nos Tribunais de Justiça de Rondônia, de Mato Grosso, do Distrito Federal, do Espírito Santo, de Amapá, nos Tribunais Regionais Federais, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, foram somadas 3.569 nulidades.²³

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891 (Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil), em seu art. 34, inciso 23, permitiu aos Estados a criação de seus próprios Códigos de Processo Penal, dispondo que: “Compete privativamente ao Congresso Nacional: (...) legislar sobre o direito civil, comercial e criminal da República e o processual da Justiça Federal (...)”.²⁴

Essas legislações locais previam as hipóteses indicativas de nulidades, ao contrário das legislações anteriores que, por suas vezes, eram omissas e vagas a respeito. Segundo o art. 2.599 do Código Judiciário do Estado de Santa Catarina, o processo penal será anulado: “I - no caso de ilegitimidade do queixoso, ou denunciante; II - nos casos de incompetência, suspeição, peita ou suborno do juiz; III - quando faltar termo ou fórmula essencial; IV - verificando-se a litispendência, ou o caso julgado”.²⁵

Além disso, foi nas legislações estaduais onde o princípio *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo), que surgiu com a Ordenação Tolosa, inicialmente, se estabeleceu. Nesse diapasão, o Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul, em seu art. 327, g, assentava: “Constituem nulidades insanáveis: (...) a preterição de alguma fórmula ou termo do processo, em prejuízo da acusação ou da defesa”. Já o Código de Processo Penal de Minas Gerais, em seu art. 475, parágrafo único, prescrevia: “Outrossim, não pode ser pronunciada (a nulidade) quando não houver prejuízo de nenhuma das partes, ou quando tiver sido suprida proveitosamente no correr da ação”.²⁶

De outro lado, os códigos de processo penal estaduais também trataram de matérias concernentes às fórmulas ou termos substanciais e às nulidades insanáveis.

O art. 567 do Código de Processo Penal do Distrito Federal considerava como fórmula ou termo substancial do processo comum:

I – a queixa ou denúncia; II – o exame corpo de delito nos crimes que deixam vestígios; III – a nomeação de curador ao réu menor de 21 anos; IV – a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada, e sua audiência

²³ MOSSIN, *op. cit.*, p. 16.

²⁴ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 20.11.2011.

²⁵ MOSSIN, *op. cit.*, p. 21.

²⁶ *Ibid.*, p. 19.

nos da ação promovida por queixa; V – a citação do réu para se ver processar, o seu interrogatório, quando presente, os prazos concedidos à defesa; VI – a inquirição de número legal de testemunhas, quando necessária; VII – a sentença de pronúncia, ou não pronúncia, nos processos de competência do Tribunal do Júri, e de falência; VIII – o libelo e a entrega da respectiva cópia, com o rol das testemunhas, ao réu, nos processos de competência do júri, e de falência; IX – a intimação do réu para audiência ou sessão de julgamento; X – a constituição do conselho de jurados, em número legal; XI - o sorteio dos jurados do conselho e sua incomunicabilidade, os quesitos e suas respostas; XII – a intimação das testemunhas para o julgamento, excetuados os casos em que é facultado o seu comparecimento independentemente dessa formalidade, e o disposto no art. 357; XIII – a acusação e a defesa, na audiência ou sessão de julgamento; XIV – a sentença.²⁷

Por seu turno, o Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul, em seu art. 327, previa como nulidades insanáveis as seguintes:

a) a falta da primeira citação, salvo o comparecimento espontâneo do réu; b) a não intervenção do Ministério Público nos casos em que é necessária; c) a inversão da ordem processual, salvo assentimento expresso ou tácito das partes; d) a intervenção no julgamento de juiz e jurados legalmente impedidos; e) a formação irregular do Tribunal do Júri; f) o julgamento perante juiz incompetente; g) a preterição de alguma fórmula ou termo do processo, em prejuízo da acusação ou da defesa.²⁸

Acerca dessa pluralidade de direitos adjetivos, Heribaldo Rebello ressalta que os processualistas sempre se preocuparam com o problema relativo às nulidades, tendo em vista a importância desse instituto para o processo penal. Todavia, o fato de cada Estado elencar determinado número de nulidades acabava ocasionando uma grande confusão legislativa, o que não trazia nenhum benefício de ordem prática.²⁹

Segundo Mossin, esses extensos elencos implicativos de nulidades previstos nos códigos de processo penal estaduais influenciaram a composição do art. 564 do atual Código de Processo Penal (Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941), “em que várias dessas hipóteses foram arroladas como causas determinantes da imprestabilidade do processo ou da relação jurídico-processual”.³⁰

O art. 564 do vigente Código de Processo Penal dispõe que:

A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: I - por incompetência, suspeição ou suborno do juiz; II - por ilegitimidade de parte; III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: a) a denúncia ou a queixa e a representação e, nos processos de contravenções penais, a portaria ou o auto de prisão em flagrante; b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no art. 167; c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de

²⁷ MOSSIN, *op. cit.*, pp. 21-22.

²⁸ *Ibid.*, p. 22.

²⁹ *Apud* MOSSIN, *op. cit.*, pp. 17-18.

³⁰ *Ibid.*, p. 26.

curador ao menor de 21 anos; d) a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada e nos da intentada pela parte ofendida, quando se tratar de crime de ação pública; e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa; f) a sentença de pronúncia, o libelo e a entrega da respectiva cópia, com o rol de testemunhas, nos processos perante o Tribunal do Júri; g) a intimação do réu para a sessão de julgamento, pelo Tribunal do Júri, quando a lei não permitir o julgamento à revelia; h) a intimação das testemunhas arroladas no libelo e na contrariedade, nos termos estabelecidos pela lei; i) a presença pelo menos de 15 jurados para a constituição do júri; j) o sorteio dos jurados do conselho de sentença em número legal e sua incomunicabilidade; k) os quesitos e as respectivas respostas; l) a acusação e a defesa, na sessão de julgamento; m) a sentença; n) o recurso de ofício, nos casos em que a lei o tenha estabelecido; o) a intimação, nas condições estabelecidas pela lei, para ciência de sentenças e despachos de que caiba recurso; p) no Supremo Tribunal Federal e nos Tribunais de Apelação, o *quorum* legal para o julgamento; IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato. Parágrafo único. Ocorrerá ainda a nulidade, por deficiência dos quesitos ou das suas respostas, e contradição entre estas.³¹

Nosso vigente Código também estipula normas específicas acerca do prejuízo, da sanabilidade, da preclusão temporal, da renovação e da retificação dos atos anulados e das consequências da declaração de nulidade.

1.3 CLASSIFICAÇÕES DOS SISTEMAS DE NULIDADES PROCESSUAIS PENAIS

Segundo Paulo S. L. Fernandes e Geórgia B. Fernandes, ao longo da história, desenvolveram-se, basicamente, dois tipos de sistema de nulidades: o sistema rígido e o sistema genérico. Enquanto o sistema rígido, como o próprio nome diz, especificava rigorosamente as causas de nulidades, o segundo sistema, mais amplo, oferecia fórmulas abertas ao aplicador do direito, deixando para este a missão de adequá-las ao caso concreto.³²

Além dessa classificação, conforme os precitados autores, podemos elencar os seguintes sistemas de nulidades processuais penais:

- a) sistema privatista: caracterizado por deixar à critério das partes reclamar a invalidade que só será decretada quando do ato resultar prejuízo para a parte e esta apontá-la. Assim, a decretação da nulidade dependerá da vontade do interessado, não podendo o juiz, mesmo em caso de inércia da parte, decretá-la *ex officio*;
- b) sistema legalista: é a legislação processual penal que determina a essencialidade da forma inobservada. O juiz só poderá decretar a nulidade se houver previsão legal nesse sentido; e

³¹ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 20.11.2011.

³² FERNANDES; FERNANDES, *op. cit.*, p. 17.

- c) sistema judicial: é o que autoriza que o juiz valora a essencialidade do ato não observado, embora exija, em alguns casos, a manifestação das partes.³³

Paulo Rangel expõe classificação semelhante, composta também por três sistemas de nulidades processuais, embora com distinções, a saber:

- a) sistema da certeza legal: é aquele em que o legislador, “desconfiado do juiz, diz, expressamente, em quais casos haverá a aplicação da sanção de nulidade, não dando ao juiz discricionariedade para que possa perquirir se realmente o ato deva ser invalidado”;
- b) sistema da instrumentalidade das formas: nesse sistema, o juiz tem a liberdade de perquirir se o ato praticado em desconformidade com a lei atingiu o seu fim, visto que “as formas estabelecidas para se atingir a prática de determinados atos são instrumentais e não um fim em si mesmas”. Aqui, “o juiz tem a liberdade de decidir se o ato imperfeito deve, realmente, ser declarado inválido”; e
- c) sistema misto: consiste na mescla entre os dois sistemas supracitados, de molde a autorizar “o juiz a perquirir a lei (se a mesma diz que o ato é inválido) e, ao mesmo tempo, investigar se o ato influenciou na verdade substancial ou na decisão da causa, bem como se do ato imperfeito resultou prejuízo para as partes”.³⁴

Na opinião do autor supracitado, o sistema adotado entre nós é o da instrumentalidade das formas, embora boa parte da doutrina considere que o atual Código de Processo Penal tenha adotado o sistema misto.³⁵

Feitas essas breves considerações acerca da evolução histórica dos sistemas de nulidades processuais penais, afigura-se relevante, para a construção do raciocínio desenvolvido através deste trabalho, uma análise global do que seja ato processual, dos seus planos de existência, validade e eficácia, do conceito de nulidade e das classificações doutrinárias atinentes ao sistema de nulidades processuais penais em vigor.

³³ FERNANDES; FERNANDES, *op. cit.*, p. 18.

³⁴ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 773-774.

³⁵ *Loc. cit.*

2 ATO PROCESSUAL E NULIDADE

2.1 ESCLARECIMENTOS TERMINOLÓGICOS ACERCA DOS PLANOS DE EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DOS ATOS PROCESSUAIS

Antes de adentrarmos ao tema “nulidades” propriamente dito, incumbe-nos a tarefa de diferenciar os planos de existência, validade e eficácia dos atos processuais. Nessa esteira, o doutrinador Araken de Assis ressalta que: “na verdade, sem a exata distinção dos planos de inexistência, da invalidade e da ineficácia, jamais se chegará a soluções convincentes nesta matéria”.³⁶

O ato existe, juridicamente, quando reúne os requisitos mínimos necessários para a sua composição. Assim, não será a ausência de todo e qualquer requisito que ensejará a sua inexistência jurídica, mas, tão somente, aqueles inerentes e essenciais à sua estrutura.

A validade do ato diz respeito à eficiência com que os seus requisitos foram preenchidos. Segundo Fredie Didier, “se houver o preenchimento da hipótese de incidência (previsão do fato em enunciado normativo) de maneira deficiente, surgirá defeito que pode autorizar a nulificação do ato (= invalidação, que se refere tanto à decretação do nulo quanto a anulação)”.³⁷ Além disso, ao concebermos o ato como viciado já pressupomos a sua existência. Prossegue o autor, afirmando que “o ato jurídico inválido existe. Ato inexistente não tem defeito”.³⁸

Como o ato inválido existe, este pode produzir efeitos até a sua desconstituição e, como analisaremos adiante, é isso que ocorre com as invalidades no âmbito processual.

Nem todo defeito implicará na invalidação do ato. Como veremos no decorrer deste estudo monográfico, a invalidação constitui a consequência mais drástica que pode provir da prática de um ato defeituoso.

No que tange à eficácia, a doutrina diverge se o referido termo diz respeito à efetiva produção de efeitos ou à aptidão para produzi-los. Com relação ao primeiro sentido do termo, Tereza Arruda Alvim Wambier anota que eficácia “terá o sentido de efetiva produção dos efeitos típicos”, ou seja, aqueles efeitos “queridos pelo agente”.³⁹

³⁶ ARAKEN, Assis de. **Manual da Execução**. 13.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1268.

³⁷ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11.ed. Salvador: Jus PODIVM, 2009, p. 256.

³⁸ *Loc. cit.*

³⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 142.

No entanto, afigura-se tecnicamente mais adequado o posicionamento de José Carlos Barbosa Moreira, segundo o qual o termo eficácia pode ser entendido como a “aptidão, *in abstracto*, para gerar efeitos próprios e pode dizer respeito aos efeitos que podem ser produzidos *in concreto*, numa perspectiva potencial e atual, respectivamente”.⁴⁰

Como se vê, validade e eficácia são fenômenos totalmente distintos. Pode ocorrer, por exemplo, que um ato nulo nunca venha a ser decretado como tal e que, em virtude disso, tenha sido eficaz por toda a sua vida. Nessa linha de raciocínio, Adolfo Gelsi Bidart comenta que: “dizer, seguindo o velho adágio, que nulo é o que não produz efeitos, implica tomar a consequência por antecedente, designando o fenômeno por forma indireta, com menção aos resultados que provoca”.⁴¹

Nesse mesmo sentido, José Joaquim Calmon de Passos: “o ato processual típico é o que se ajusta, com perfeição, ao modelo legal. A atipicidade é a imperfeição do ato. O ato imperfeito é eficaz (ato irregular) e somente perde a eficácia que lhe é própria quando judicialmente sancionado com a nulidade”.⁴²

Essas noções são conceitos lógico-jurídicos, ou seja, independem do direito positivo que se examina. São premissas construídas pela dogmática jurídica, aplicando-se, portanto, ao direito processual geral.

Pois bem, estabelecidos esses conceitos prévios, passamos ao estudo do sistema de nulidades processuais penais em vigor no nosso ordenamento jurídico pátrio, e, antes de adentrarmos ao tema propriamente dito, faz-se necessários expor as noções gerais do que seja ato processual.

2.2 ATO PROCESSUAL

O processo penal cumpre as suas missões constitucionais, também, através de procedimentos (estes, definidos previamente), nos quais os atos processuais praticados pelo juiz, pelas partes ou por terceiros (que houverem de participar da relação jurídico-processual) desdobram-se, sucessivamente, rumo ao provimento jurisdicional final.

Processo é o instrumento por meio do qual o Estado-juiz exerce a jurisdição, julgando a pretensão punitiva nascida do *ius puniendi in concreto* e a pretensão de liberdade provinda

⁴⁰ *Apud* WAMBIER, *op. cit.*, p. 141.

⁴¹ *Ibid.*, pp. 143-144.

⁴² PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada às Nulidades Processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 146.

do *ius libertatis*. Para Heráclito Antônio Mossin, do ponto de vista formal, é formado por um conjunto de atos que se sucedem, concatenadamente, por meio do chamado procedimento.⁴³

Segundo José Frederico Marques, o processo, como atividade desenvolvida pelo juiz, com a colaboração dos demais sujeitos processuais, encerra uma verdadeira relação jurídica.⁴⁴

Nessa esteira, o que são atos processuais? Hélio Bastos Tornaghi define atos processuais como sendo “atos humanos que integram o processo, isto é, os atos a que a lei atribui transcendência técnica ou jurídica no processo”.⁴⁵

Nas palavras de Fernando da Costa Tourinho Filho, ato processual é “o ato jurídico emanado das partes, dos Órgãos Jurisdicionais, dos seus auxiliares e, enfim, dos terceiros, interessados ou desinteressados – ligados ao processo – capaz de criar, modificar ou extinguir efeitos processuais”.⁴⁶

O ato processual é espécie do gênero ato jurídico. Por isso, a denominação doutrinária *ato jurídico-processual*. Segundo Eugenio Floriam, no processo “encontramos uma série de atos realizados por aqueles que nele intervêm. São atos jurídicos, porque regulados pelo Direito e produtores de consequências jurídicas; mas processuais, porque se realizam no processo e serve, direta ou indiretamente, a ele”.⁴⁷

Incumbe à lei regular-lhes a constituição intrínseca e extrínseca. É o que se denomina tipicidade do ato processual. Dessa maneira, um ato processual perfeito (típico) será aquele praticado em conformidade com o modelo descrito legalmente. Não havendo correspondência entre o ato realizado e o tipo legal, ele será atípico, ou seja, imperfeito.

Nesse passo, o célebre doutrinador Francesco Carnelutti leciona que:

Cuando e lacto jurídico, en particular e lacto procesal, está provisto de todos sus requisitos, se dice que es perfecto. A la perfección del acto, en la que se expresa la presencia de todos sus requisitos se opone su imperfección, la cual se resuelve, reciprocamente, en la ausencia de alguno de sus requisitos, esto es, en la presencia de algún vicio.

*De la perfección del acto deriva su eficacia. De la imperfección del acto puede derivar su ineficacia. La perfección es concepto estático; la eficacia es concepto dinamico; la primera se refiere al ser del acto, la segunda a su operar. El acto es eficaz ou ineficaz según que produzca ou no produzca efectos jurídicos.*⁴⁸

⁴³ MOSSIN, *op. cit.*, p. 44.

⁴⁴ MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Processual Penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 162.

⁴⁵ *Apud* FERNANDES; FERNANDES, *op. cit.*, pp. 22-23.

⁴⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 3. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 108.

⁴⁷ *Loc. cit.*

⁴⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. Tradução da 5ª edição italiana por Santiago Sentis Melendo. v. I. Buenos Aires: Europa-America, p. 528.

Nem sempre o modelo descrito na norma legal revela, de forma clara, conglutinadamente, todos os requisitos exigidos para a perfectibilidade do ato, estando, eles, muitas vezes, dispersos na lei. Conforme Tourinho Filho, “este reclama, além do descrito no texto legal, outros requisitos, que Carnelutti distingue em pressupostos (capacidade, legitimação e idoneidade do objeto), elementos (causa ou fim, vontade ou intenção e forma de atuação) e circunstâncias (lugar, tempo etc)”.⁴⁹

Ainda, o atual Código Civil, em seu art. 104, prevê três requisitos necessários à prática do ato processual, quais sejam: “(...) I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e III – forma prescrita ou na defesa em lei”.⁵⁰

2.2.1 Elementos do ato processual

O ato processual é composto por elementos internos e externos. Ambos interessam ao estudo das nulidades.

Os elementos internos representam o conteúdo do ato processual. Dizem respeito à sua parte subjetiva, ou seja “é a manifestação volitiva e intelectual de quem o promoveu”.⁵¹ Valemo-nos, para melhor efeito de compreensão, da lição de Clariá Olmedo:

embora não seja correto transladar as normas do Direito Privado para a solução dos problemas ligados ao processo, sob alegação de que os atos do processo penal são também jurídicos, o Direito Processual captou muitos aspectos subjetivos do ato com aparência meramente objetiva (...). Entre os vícios de forma da sentença, se inclui a motivação contraditória (...). O descumprimento do preceito causará um vício na intelectualidade do ato, que afetará sua validade, podendo provocar a nulidade. Esclareça-se que os vícios não produzem necessariamente a invalidez do ato. Isto pode ocorrer desde que a lei processual haja incluído esse elemento subjetivo como integrante do ato, tendo em vista sua validade ou invalidez.⁵²

Já, os elementos externos constituem-se na forma segundo a qual o ato processual deverá seguir. A respeito da conceituação desses elementos do ato processual, citamos outra vez a lição de Clariá Olmedo: “é a conformação objetiva do ato projetada no modo, tempo e espaço, ou seja, nas circunstâncias previstas em lei para a eficiência processual de seu conteúdo conforme o destino desejado”.⁵³

⁴⁹ TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 109.

⁵⁰ BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20.11.2011.

⁵¹ MOSSIN, *op. cit.*, p. 44.

⁵² *Apud* FERNANDES; FERNANDES, *op. cit.*, pp. 23-24.

⁵³ *Loc. cit.*

No que toca aos elementos externos, a doutrina costuma bipartir os atos processuais em essenciais e acidentais.

Mossin define os atos processuais essenciais (estruturais) como sendo os “imprescindíveis, insubstituíveis para a formação e o desenvolvimento regular da instância”⁵⁴, cuja ausência afeta a validade dos “que dele diretamente dependam ou sejam consequência” (art. 573, § 1º, do CPP). Para o referido autor, são atos processuais essenciais os dispostos no inciso III do art. 564 do Código de Processo Penal, exceto os elencados nas alíneas *d*, segunda parte, *e*, segunda parte, *g* e *h*, do mesmo inciso, por força do disposto no art. 572 do mesmo estatuto legal e a ausência destes implicaria na nulidade absoluta do processo, “independentemente de eventual prejuízo às partes, já que este se presume”.⁵⁵

Ainda, segundo Mossin, ao lado dos atos processuais essenciais, há aqueles denominados acidentais (não estruturais), que geram nulidade relativa, passível de ser sanada. “São eles todos aqueles não previstos no inciso III do art. 564 do Código de Processo Penal e também aqueles que constituem exceção àquele inciso”.⁵⁶

2.3 NULIDADE

O termo “nulidade” provém do latim medieval *nullitas*, de *nullus* (nulo, nenhum). É um conceito jurídico tipicamente abstrato e se refere a um *quid* que pode afetar os atos processuais. O estudo desse instituto comporta, basicamente, a análise de três aspectos, quais sejam: a causa, o estado e a consequência da nulidade.

Ao longo desse trabalho, iremos defender que a invalidação de um ato jurídico-processual deverá ser encarada como *ultima ratio*, ou seja, aplicável, tão somente, se não houver outra solução menos gravosa ao processo.

Para isso e antes de adentrarmos à análise dos princípios reitores da flexibilização das nulidades no processo penal, bem como ao nosso objeto de estudo propriamente dito – da validade *prima facie* dos atos processuais penais –, faz-se necessário, por ora, examinar o conceito de nulidade e as mais variadas classificações dos atos processuais, no que pertine ao vício, à luz dos mais diversos posicionamento doutrinários acerca do tema.

⁵⁴ MOSSIN, *op. cit.*, p. 54.

⁵⁵ *Loc. cit.*

⁵⁶ *Loc. cit.*

2.3.1 Fundamento Constitucional

O direito processual penal pátrio tem suas diretrizes fundamentais estabelecidas na Constituição Federal de 1988. Assim, apesar da letra do Código de Processo Penal se acomodar em muitos aspectos ao sistema inquisitório, os seus dispositivos devem ser interpretados à luz da atual Carta Magna, para que a aplicação de seus comandos dispositivos se dê em conformidade com o princípio acusatório.

A disciplina legal do sistema de nulidades processuais penais – inserida no Título I, do Livro III, do CPP-, apresenta imprecisões que precisam ser harmonizadas pelo aplicador do direito ao interpretar referido texto normativo. Essa incoerência no plano legal reflete, como veremos a seguir, ampla divergência no âmbito doutrinário, razão pela qual o tema das nulidades processuais penais é de árdua sistematização.

Inicialmente, insta estabelecer uma premissa hermenêutica baseada em seu fundamento constitucional: as nulidades processuais penais devem ser encaradas como sanções estabelecidas legalmente com o fito de assegurar as garantias fundamentais processuais penais dispostas na Constituição Federal. Todavia, como veremos no decorrer desse estudo monográfico, haverá, no caso concreto, hipóteses em que a relativização daquelas nulidades tidas tradicionalmente como absolutas pela doutrina, bem como a não decretação das mesmas, serão as soluções mais compatíveis com os reclames processuais emanados pela nossa Carta Magna.

A nulidade deve ser aplicada no processo, repita-se, em último caso, isto é, tomada apenas quando não for possível aproveitar o ato praticado com defeito, de forma a buscar um equilíbrio entre as garantias processuais do réu e a efetividade do processo penal, que não deve ser destinado a condenar ou absolver, mas a revelar a verdade dos fatos em tempo razoável e com respaldo nos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

2.3.2 Conceito

Como já foi dito, “nulidades processuais penais” não é tema de sistematização pacífica na doutrina, muito menos na jurisprudência. Para uma visão panorâmica, podem ser registrados conceitos diversos, que problematizam a compreensão e que evidenciam um terreno jurídico de difícil trânsito.

No direito processual penal, podemos visualizar uma doutrina clássica e uma “nova” doutrina das nulidades. A primeira, inspirada no direito civil e, a segunda, com perfil que melhor se coaduna com a atual realidade do processo penal.

A doutrina clássica enxerga a nulidade como uma qualidade ou uma carência do ato processual, ou seja, como algo congênito e de decorrência automática.

A “nova” doutrina das nulidades, adotada por nós, entende a nulidade como sendo uma sanção de ordem processual. Aqui, segundo Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, “a decisão judicial será, portanto, o divisor de águas para a cessação da produção de efeitos do ato”.⁵⁷

Pois bem, quanto ao conceito de nulidade, podemos dizer que a doutrina, basicamente, subdivide-se em três correntes principais: a primeira, que considera a nulidade o vício em si do ato; a segunda, uma sanção de natureza processual; e, finalmente, a terceira, que é mista, ou seja, conjuga os dois aspectos anteriores – vício e sanção – para definir a nulidade.

Para Guilherme de Souza Nucci, nulidades “são os vícios que contaminam determinados atos processuais, praticados sem a observância da forma prevista em lei, podendo levar à sua inutilidade e consequente renovação”.⁵⁸ Nessa mesma linha de raciocínio, considerando a nulidade como sendo o próprio defeito do ato processual, Florêncio de Abreu⁵⁹, Martinho Garcez⁶⁰, Fernando Capez⁶¹, Rui Stoco⁶², Inocêncio Borges da Rosa⁶³, Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto⁶⁴, Paulo Cláudio Tovo e João Batista Marques Tovo.⁶⁵

Com essa posição não concordamos, pois é certo que a nulidade e o defeito do ato em si não devem se confundir. Somente através de declaração judicial, o ato processual poderá ter seus efeitos suprimidos e, aí sim, ser nulo/anulado.

⁵⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 4. ed. Salvador: Jus PODIVM, 2010, p. 950.

⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 824.

⁵⁹ *Apud* MOSSIN, *op. cit.*, p. 59.

⁶⁰ *Apud* FERNANDES; FERNANDES, *op. cit.*, p. 30.

⁶¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 624.

⁶² FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código de Processo Penal e sua Interpretação Constitucional: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1.238.

⁶³ *Apud* NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 889.

⁶⁴ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Processo Penal: doutrina e prática**. Salvador: Jus PODIVM, 2009, p. 186.

⁶⁵ TOVO, Paulo Cláudio; TOVO, João Batista Marques. **Nulidades no Processo Penal Brasileiro: novo enfoque e comentário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 4.

Em sentido diametralmente oposto, Paulo Rangel: “nulidade não é o vício que inquina o ato, mas, sim, a sanção que se aplica ao ato viciado, em desconformidade com a lei. A nulidade é a consequência da prática do ato em desconformidade com a lei e não a desconformidade em si”.⁶⁶ Nesse esteira, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes⁶⁷, José Joaquim Calmon de Passos⁶⁸, Fredie Didier⁶⁹, Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar⁷⁰, José Frederico Marques⁷¹, Fernando da Costa Tourinho Filho⁷², Aroldo Plínio Gonçalves⁷³ e Heráclito Antônio Mossin.⁷⁴ Essa concepção que, por seu turno, afigura-se mais ponderada e é adotada majoritariamente na doutrina e na jurisprudência, se distingue da anterior que, influenciada pelo direito privado, entende que a nulidade processual penal do ato defeituoso é congênita.

Assumindo posição mista quanto ao conceito de nulidade, Julio Fabbrini Mirabete, segundo o qual nulidade “é, sob um aspecto, vício, sob outro, sanção, podendo ser definida como a inobservância de exigências legais ou uma falha ou imperfeição jurídica que invalida ou pode invalidar o ato processual ou todo o processo”.⁷⁵ Assim, a nulidade teria um duplo significado: um, indicando o motivo que torna o ato imperfeito; outro, que deriva da imperfeição jurídica do ato ou da sua inviabilidade jurídica.

Existem na doutrina outros posicionamentos acerca do conceito de nulidade. Para Eugênio Pacelli de Oliveira, “a declaração de nulidade” é “a consequência jurídica da prática irregular de ato processual, seja pela não-observância da forma prescrita em lei, seja pelo desvio de finalidade surgido com a sua prática”.⁷⁶ Da mesma forma, entendendo a nulidade como sendo a consequência jurídica da prática de ato irregular, Paulo Sérgio Leite Fernandes e Geórgia Bajer Fernandes⁷⁷. Tal entendimento, na prática, em nada difere daquele que encara a nulidade como sendo uma *sanção* de ordem processual. Entenda-se que, como consequência jurídica, a nulidade se integra na categoria das sanções.

⁶⁶ RANGEL, *op. cit.*, p. 766.

⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 18.

⁶⁸ PASSOS, *op. cit.*, p. 146.

⁶⁹ DIDIER JR., *op. cit.*, p. 258.

⁷⁰ TÁVORA; ALENCAR, *op. cit.*, p. 941.

⁷¹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 1. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1965, p. 397.

⁷² TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 116.

⁷³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1993, p. 12.

⁷⁴ MOSSIN, *op. cit.*, p. 63.

⁷⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 591.

⁷⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 747.

⁷⁷ FERNANDES; FERNANDES, *op. cit.*, p. 31.

Ao analisar o tema, Teresa Arruda Alvim Wambier, delimitou a nulidade como sendo um “estado em que se encontra um ato, que o torna passível de deixar de produzir os seus efeitos próprios e, em alguns casos, destrói os já produzidos”.⁷⁸ Segundo a doutrinadora, a nulidade é um estado de irregularidade que leva (ou tende a levar) à ineficácia.

Filiamo-nos à corrente doutrinária que entende a nulidade como sendo uma sanção de ordem processual aplicada através de decisão judicial, isso porque, como bem destacado por Antônio Tovo Loureiro, a nulidade processual “só ocorrerá após um ato judicial que decrete que o ato processual inquinado não pode gerar os efeitos a que se destinava”.⁷⁹ Como vimos, a qualificação do ato como nulo/anulado não se dá em fase prévia ao pronunciamento judicial (declaração de nulidade), mas em momento posterior, “sendo consequente dele e não antecedente a ele”.⁸⁰

Em outras palavras, o que importa é a percepção de que o fenômeno jurídico acopla, de um lado, a verificação do vício/defeito processual (ato processual atípico) e, de outro, a aplicação da sanção da nulidade pelo juiz, uma vez, obviamente, verificada a necessidade para tanto.

2.3.3 Previsão de rol taxativo ou exemplificativo das nulidades processuais penais

Há uma divergência doutrinária sobre se o rol de nulidades inserido no art. 564 do CPP é taxativo (*numerus clausus*) ou exemplificativo (*numerus apertus*).

Para Mossin, o rol do art. 564 do nosso Código de Processo Penal é *numerus clausus*, pois para o autor essa interpretação evita um número infindável de casos de nulificação processual.⁸¹

Para nós, o rol disposto no artigo supracitado não é taxativo, mas, exemplificativo (*numerus apertus*), em virtude da adoção do princípio da instrumentalidade das formas, que, por sua vez, permite ao juiz perquirir se, no caso concreto, o ato praticado em desconformidade com a lei atingiu o seu fim e, assim, decidir se ele deve ser invalidado ou não.

⁷⁸ WAMBIER, *op. cit.*, p. 142.

⁷⁹ LOUREIRO, Antônio Tovo. O Descumprimento das Formas Processuais Penais Como Maximização do Poder de Punir: por uma nova teoria das nulidades. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, n. 26, dez. 2006. Porto Alegre, p. 14.

⁸⁰ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 19.

⁸¹ MOSSIN, *op. cit.*, p. 16.

Tanto isso é exato que o inciso IV do art. 564 do CPP atesta a natureza exemplificativa do sistema ao estabelecer que também ocorrerá nulidade “por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato”.

Nessa esteira, Lúcio Santoro de Constantino, adverte que existe “em elenco de determinadas nulidades, além da admissão de outras, não arroladas legalmente, cujo foco recai na questão do prejuízo e instrumentalidade”.⁸²

Por oportuno, ressalte-se a crítica feita por Aury Lopes Jr. no sentido de que o art. 564 do CPP é, atualmente, “imprestável para qualquer tentativa de definição precisa em termos de invalidade processual, além de incorrer no erro de pretender estabelecer um rol de nulidades cominadas”, além de que, quando muito, “serve de indicativo, a apontar atos que merecem uma atenção maior em relação ao risco de defeitos”.⁸³

2.4 CLASSIFICAÇÕES NA DOUTRINA

Considerando-se a necessidade de tentar compreender os tipos de vícios que, por ventura, podem vir a macular um determinado ato processual, e de forma a demonstrar as imprecisas e incongruentes posições encontradas na doutrina acerca do assunto, urge trazer à tona uma comparação das principais classificações elencadas pelos mais importantes processualistas penais.

Na esteira da doutrina clássica das nulidades, com inspiração bem próxima do direito civil, Mirabete, no que pertine à gravidade do vício, subdivide os atos processuais em:

- a) ato inexistente: é aquele em que “há falta de um elemento que o direito considera essencial, ou seja, em que ele existe de fato, mas, sem o elemento essencial, ele inexistente *de jure*”;
- b) ato nulo: é aquele que “não produz efeitos até que seja convalidado e, se isso não for possível, nunca os produzirá”. Subdivide-se em duas categorias, quais sejam:
 - b.1) nulidade relativa – ocorre quando o ato é sujeito à condição suspensiva, ficando sanado com a sua ocorrência, produzindo efeitos, tão somente, a partir daí;
 - e b.2) nulidade absoluta – ocorre quando “é impossível a consolidação”, ou seja,

⁸² CONSTANTINO, Lúcio Santoro. **Nulidades no Processo Penal**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 36.

⁸³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 385.

não há viabilidade de ser implementada qualquer condição para que seja sanado o vício; e

- c) ato anulável: consiste naquele que “produz efeitos até que seja invalidado e, assim, sua eficácia está sujeita a condição resolutiva”, isto é, a decisão do juiz que decreta a invalidação do ato para que cessem os seus efeitos, diferenciando-se “da nulidade relativa, em que o ato não produz efeito a não ser depois de sanada a nulidade”.⁸⁴

Paulo Rangel adota uma classificação que enfatiza a necessidade de pronunciamento judicial, dividindo as categorias de atos processuais praticados em desconformidade com a lei nas três primeiras a seguir, para, após, em outro tópico, distinguir nulidade absoluta de nulidade relativa:

- a) ato (juridicamente) inexistente: é aquele que “não produz qualquer eficácia e, portanto, independe de decisão judicial declarando sua invalidade”, visto que não há possibilidade de se declarar inválido aquilo que não existe;
- b) ato nulo: é o ato defeituoso “que sofreu a sanção de nulidade”, isto é, constitui “o estado do ato após o reconhecimento judicial de invalidade”;
- c) ato irregular: é o ato defeituoso “que não sofreu a sanção de nulidade, permanecendo válido”. É o ato que, mesmo praticado em desconformidade com a lei, atinge o fim colimado pela norma;
- d) nulidade absoluta: é a que “pode ser decretada de ofício, independentemente de manifestação das partes”, “não convalesce” e, “para a doutrina majoritária, não necessita demonstrar prejuízo”, pois “não se aplicam a ela os princípios do interesse e do prejuízo” (discordamos), podendo ser invocada em “qualquer tempo e grau de jurisdição”; e
- e) nulidade relativa: é a que somente é decretada “se houver prejuízo” e, se “não arguida no momento oportuno, haverá a preclusão”. Ao contrário da anterior, “há convalidação”.⁸⁵

Valendo-se de termos análogos aos de Paulo Rangel, mas compreendendo a nulidade como sendo um vício do ato processual, Guilherme de Souza Nucci adota a seguinte classificação:

⁸⁴ MIRABETE, *op. cit.*, p. 592.

⁸⁵ RANGEL, *op. cit.*, pp. 767-775.

- a) nulidades absolutas: são aquelas que “devem ser proclamadas pelo magistrado, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, porque produtoras de nítidas infrações ao interesse público na produção do devido processo legal”;
- b) nulidades relativas: são aquelas que “somente serão reconhecidas caso arguidas pela parte interessada, demonstrando o prejuízo sofrido pela inobservância da formalidade legal prevista para o ato realizado”;
- c) atos inexistentes: são aqueles que “por violarem tão grotescamente a lei, são considerados inexistentes”, visto que, nesses casos, “nem mesmo de nulidade se trata, uma vez que estão distantes do mínimo aceitável para o preenchimento das formalidades legais”; e
- d) atos irregulares: “são infrações superficiais, não chegando a contaminar a forma legal, a ponto de merecer renovação”, sendo “convalidados pelo simples prosseguimento do processo”.⁸⁶

Classificando as nulidades processuais com ênfase em seu aspecto sancionador e com linha que se aproxima do direito processual segundo a “nova” doutrina das nulidades, Eugênio Pacelli de Oliveira assim as divide:

- a) atos inexistentes: são os que “exatamente porque inexistentes, não produzem efeito algum”, pois faltam aos mesmos “elementos essenciais para a produção de quaisquer consequências jurídicas”;
- b) atos nulos: ao contrário dos atos inexistentes, “produzem efeitos até serem anulados, como também implicam consequências jurídicas mesmo após o reconhecimento de sua nulidade”;
- c) nulidades absolutas: são os vícios referentes “ao processo penal enquanto função jurisdicional, afetando não só o interesses de algum litigante, mas de todo e qualquer (presente, passado e futuro) acusado, em todo e qualquer processo”; e
- d) nulidades relativas: nelas, há “o interesse prevalecente das partes, seja no que concerne à identificação da existência, seja no que respeita à identificação das consequências do prejuízo”, ou seja, elas dependem “de valoração das partes quanto à existência e à consequência do eventual prejuízo”, estando “sujeitas a prazo preclusivo, quando não alegadas a tempo e modo”.⁸⁷

Por fim, urge trazer à baila a classificação esposada por Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes:

⁸⁶ NUCCI, *op. cit.* nota 58, pp. 824-825.

⁸⁷ OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 748-751.

- a) atos inexistentes: são os casos em que “o vício é de tal gravidade que sequer seria possível considerá-los como atos processuais”. São “não-atos”, porque em relação aos mesmos “não se cogita de invalidação, pois a inexistência constitui um problema que antecede a qualquer consideração sobre a validade”;
- b) atos nulos: aqui, a nulidade é a sanção estabelecida pela lei diante de certos desvios de forma, possibilitando “que se retire do ato a aptidão de produzir efeitos” no mundo jurídico. Serão atos nulos depois de declarada a nulidade pelo juiz, pois “ao reverso do que sucede no direito privado, a nulidade dos atos processuais não é automática, dependendo sempre o seu reconhecimento de um pronunciamento judicial”. Com relação aos atos nulos, cumpre ainda diferenciar as hipóteses de nulidade absoluta e de nulidade relativa: nas primeiras, “a gravidade do ato viciado é flagrante e, em regra, manifesto o prejuízo que sua permanência acarreta para a efetividade do contraditório ou para a justiça da decisão”, vale dizer, “o vício atinge o próprio interesse público de correta aplicação do direito” e, por isso, percebida a irregularidade, “o próprio juiz, de ofício, deve decretar a invalidade”; nas segundas, “o legislador deixa à parte prejudicada a faculdade de pedir ou não a invalidação do ato irregularmente praticado, subordinando também o reconhecimento do vício à efetiva demonstração do prejuízo sofrido”; e
- c) atos meramente irregulares: ocorrem quando “o desatendimento às prescrições legais não compromete os objetivos pelos quais a forma foi instituída”. São casos em que “o desacordo com o modelo legal é mínimo, ou se trata de formalismo inútil, residual de outras fases do direito processual, não chegando a descaracterizar o ato”.⁸⁸

Pois bem, vistas essas noções básicas sobre o instituto das nulidades no processo penal, bem como as mais divergentes classificações adotadas pela doutrina, cumpre-nos, no capítulo que se segue, discorrer acerca do amparo principiológico pertinente ao sistema das nulidades processuais penais, com ênfase nos princípios da proporcionalidade, do prejuízo, da instrumentalidade das formas, da cooperação e da boa-fé processual, posto que, a partir daí, iremos extrair as premissas básicas para a compreensão do fenômeno da relativização das nulidades no processo penal, sob o prisma da validade *prima facie* dos atos processuais.

⁸⁸ GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, *op. cit.*, pp.18-19.

3 AMPARO PRINCIPIOLÓGICO PERTINENTE AO SISTEMA DAS NULIDADES PROCESSUAIS PENAIS

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Já de posse dos conceitos básicos, pretende-se com esse capítulo lidar a matéria referente aos princípios que informam o sistema de nulidades do Código de Processo Penal. A partir daí, iremos adentrar ao objeto central do nosso estudo, qual seja, a relativização das nulidades no âmbito processual penal, onde iremos demonstrar que a invalidação de um ato processual deverá ser compreendida como *ultima ratio*, aplicável, tão somente, se não houver outra solução menos gravosa às finalidades processuais.

Inicialmente, é de se ter em mente que o termo *princípio* possui vários significados. No sentido utilizado pelo Direito, o conceito de princípio jurídico, segundo o renomado constitucionalista José Afonso da Silva, indica uma ordenação que se irradia e imanta os sistemas de normas⁸⁹, servindo, assim, de base para a interpretação, integração e aplicação do direito positivo.

O ordenamento jurídico possui uma série de princípios gerais que o informam, assim como cada ramo do direito tem seus princípios próprios, podendo eles estar expressamente previstos em lei ou ser implícitos. Ainda, consoante Guilherme de Souza Nucci, os princípios podem “resultar da conjugação de vários dispositivos legais, conforme a cultura jurídica formada pela passar dos anos de estudo de determinada matéria”.⁹⁰

A doutrina tem elencado diversos princípios relacionados ao sistema de nulidades processuais penais. Entretanto, abordaremos aqueles que, no nosso sentir, são os mais relevantes, enfatizando, como já foi dito, os princípios da proporcionalidade, do prejuízo, da instrumentalidade das formas, da cooperação e da boa-fé processual.

Ademais, é cediço que, embora cada ramo do direito processual possua suas peculiaridades com relação aos demais, a teoria das nulidades elaboradas pela doutrina do processo civil, do processo penal, do processo do trabalho etc. possui um núcleo comum que permite lançar mão da teoria geral do processo para estudar os princípios adiante. Sendo assim, é possível teorizar pontos gerais para as invalidades processuais que abarque também o processo penal.

⁸⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 92.

⁹⁰ NUCCI, *op. cit.* nota 58, p. 62.

3.2 PRINCÍPIOS BASILARES

3.2.1 Princípio da tipicidade das formas

O princípio da tipicidade das formas encontra-se, hoje, praticamente superado, tendo em vista a crescente acolhida, em nosso direito processual penal, dos princípios flexibilizadores das nulidades, dentre eles, o princípio da instrumentalidade das formas. Todavia, levando-se em consideração sua importância histórica, cabe-nos aqui fazer breves considerações acerca desse princípio para fins meramente didáticos.

Pode-se extrair esse princípio da lição de Eduardo J. Couture, segundo o qual o processo, sob determinado enfoque, pode ser visto como um conjunto de formas, e o afastamento destas formas é o que se dá causa às nulidades.⁹¹

O processo penal é formado por uma concatenação de atos, previamente determinados por lei. O princípio da tipicidade, nas palavras de Tereza Arruda Alvim Wambier, deve ser visto como “uma regra orientadora para que às partes seja dada boa margem de segurança e previsibilidade para atuar”.⁹²

Muito embora não se deva olvidar que as formas pré-estabelecidas constituem importantes ferramentas para a boa marcha processual, posto que orientam a atividade jurisdicional, o referido princípio, como dito anteriormente, tem, cada vez mais, sido objeto de mitigação por parte de outros princípios de maior relevância, dentre os quais, o princípio da instrumentalidade das formas, uma vez que a lei deve ser interpretada e aplicada em função do seu fim.

As formas do processo são meios para atingirem-se fins. Acrescenta Wambier que “estes, se atingidos, não fazem com que a ausência de atenção à forma gere nulidade”.⁹³

3.2.2 Princípio do interesse

O princípio do interesse está subordinado ao princípio geral do direito de que “a ninguém é lícito se beneficiar da sua própria torpeza”. Nas palavras de Paulo Rangel, “se o

⁹¹ *Apud* WAMBIER, *op. cit.*, p. 176.

⁹² *Ibid.*, p. 177.

⁹³ *Loc. cit.*

defeito na prática do ato deve-se ao comportamento da própria parte que alega o vício, não há que se declarar nulo o ato, pois seria premiar aquele que agiu contrário à lei”.⁹⁴

Segundo esse princípio, só poderá invocar a nulidade quem dela possa extrair algum resultado favorável ou uma situação positiva dentro do processo. É o que se infere da leitura do art. 565 do Código de Processo Penal: “nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só interesse à parte contrária”.

Tangentemente à predita regra processual, a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal aduz que:

É igualmente firmado o princípio de que não pode arguir a nulidade quem lhe tenha dado causa ou não tenha interesse na sua declaração. Não se compreende que alguém provoque a irregularidade e seja admitido em seguida, a especular com ela; nem tampouco que, no silêncio da parte prejudicada, se permita à outra parte investir-se no direito de pleitear a nulidade (XVII).

Ao analisar esse princípio, Eugênio Pacelli de Oliveira esboça a seguinte exceção:

(...) no processo penal, a posição do Ministério Público é, do ponto de vista material (do direito material aplicável), *sui generis*, dado que deve sempre zelar pela correta aplicação da lei penal. Daí dizermos que o parquet é absolutamente imparcial.

Se é assim, como de fato é, não há como reconhecer também ao Ministério Público a legitimidade para arguir a nulidade de ato cujo proveito seja unicamente da defesa.⁹⁵

O preceito telado, segundo a doutrina majoritária, não se aplica às nulidades ditas absolutas, pois estas resguardariam, sempre, algum interesse público, podendo ser arguidas até mesmo pela parte que lhe deu causa. Heráclito Antônio Mossin ensina que “independentemente de a parte ativa ou passiva da relação jurídico-processual ter provocado ou dado causa à nulidade, ter concorrido para sua realização ou quando sua formalidade somente interessa à parte contrária, a sanção de ineficácia prioritariamente se impõe”.⁹⁶

Não concordamos com o posicionamento acima exposto, posto que a invalidação de um ato deve, em todo o tempo, ser antecedida de certa cautela. Isto porque, no caso concreto, pode haver verdadeiros abusos por parte da defesa. Um exemplo disso é o réu revel que, de má-fé, indicou um falso endereço para não ser encontrado por ocasião da citação real e,

⁹⁴ RANGEL, *op. cit.*, p. 772.

⁹⁵ OLIVEIRA, *op. cit.*, 2009, p. 756.

⁹⁶ MOSSIN, *op. cit.*, p. 88.

depois de muito tempo, vem alegar nulidade absoluta da citação ficta, por não ter sido inicialmente procurado no endereço verdadeiro.

Ad finiendum, a nulidade gerada por má-fé ou estratégia antiética não deve ser admitida. Como veremos adiante, o princípio da boa-fé processual, embora de forma mais restrita, há de ser aplicado no âmbito do processo penal, inclusive, para evitar a nulidade de um ato processual e até mesmo de todo um processo em casos como este.

3.2.3 Princípio da convalidação

A exigência de que a atividade processual seja realizada em conformidade com as formalidades prescritas em lei sofre temperamentos. É certo que, não apenas no âmbito processual, mas em todas as atividades realizadas pelo homem, é sempre desejável alcançar-se o máximo de resultados com o mínimo de esforço possível.

Nessa esteira, a lei processual penal estabelece vários remédios que nos permitem o aproveitamento do ato processual atípico, dentre os quais, a sua convalidação.

Também conhecido como princípio do aproveitamento ou da fungibilidade, o princípio da convalidação parte da premissa de que os atos processuais só serão sancionados com a nulidade, caso não seja possível sanear-los ou aproveitá-los.

Na doutrina, diz-se comumente que os atos nulos, decorrentes de nulidade absoluta, não se convalidam, pois dizem respeito à matéria de ordem pública, ou seja, podem ser declarados nulos a qualquer tempo e grau de jurisdição e de ofício pelo juiz. Então, a convalidação só se aplicaria às nulidades relativas, quando não venham a ser arguidas oportunamente e na forma prevista em lei (arts. 571⁹⁷ e 572⁹⁸ do CPP).

Sobre o assunto, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto pontificam que:

⁹⁷ Art. 571. As nulidades deverão ser arguidas: I – as da instrução criminal dos processos por competência do júri, nos prazos a que se refere o art. 406; II – as da instrução criminal dos processos de competência do juiz singular e dos processos especiais, salvo os dos Capítulos V e VII do Título II do Livro II, nos prazos a que se refere o art. 500; III – as do processo sumário, no prazo a que se refere o art. 537, ou, se verificadas depois desse prazo, logo depois de aberta a audiência e apregoadas as partes; IV – as do processo regulado no Capítulo VII do Título II do Livro II, logo depois de aberta a audiência; V – as ocorridas posteriormente à pronúncia, logo depois de anunciado o julgamento e apregoadas as partes (art. 447); VI – as de instrução criminal dos processos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação, nos prazos a que se refere o art. 500; VII – se verificadas após a decisão de primeira instância, nas razões de recurso ou logo depois de anunciado o julgamento do recurso e apregoadas as partes; VIII – as do julgamento em plenário, em audiência ou em sessão do tribunal, logo depois de ocorrerem.

⁹⁸ Art. 572. As nulidades previstas no art. 564, III, *d e e*, segunda parte, *g e h*, e IV, considerar-se-ão sanadas: I – se não forem arguidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior; II – se, praticado de outra forma, o ato tiver atingido o seu fim; III – se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos.

O art. 571 estabelece o momento adequado para que as nulidades relativas sejam suscitadas (as absolutas, já vimos, podem ser suscitadas a qualquer momento e mesmo conhecidas de ofício). Assim, por exemplo, a nulidade verificada no julgamento em plenário do Júri ou em uma audiência, deve ser suscitada de imediato (art. 571, III, do CPP), no próprio ato, velando a parte prejudicada para que conste do termo de audiência seu inconformismo. Caso não o sejam, tais nulidades são atingidas pela preclusão (ou seja, a falta de alegação no momento oportuno) e se consideram sanadas (convalidadas).⁹⁹

O art. 570, primeira parte, do Código de Processo Penal também prevê hipótese de convalidação da nulidade, ao prevê que estará sanada a nulidade por vício ou mesmo ausência de citação, de intimação ou de notificação, “desde que o interessado compareça, antes de o ato consumir-se, embora declare que o faz para o único fim de argui-la”.

O princípio da convalidação dos atos processuais aparece, também, no art. 568 do CPP, segundo o qual “a nulidade por ilegitimidade do representante da parte poderá ser a todo tempo sanada, mediante ratificação dos atos processuais”, e no art. 569 do mesmo estatuto legal, que, por seu turno, dispõe que “as omissões da denúncia ou da queixa, da representação, ou, nos processos das contravenções penais, da portaria ou do auto de prisão em flagrante, poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final”.

Seriam, portanto, três as regras básicas para sanar os defeitos das nulidades relativas: a) se não forem arguidas oportunamente, conforme os prazos estipulados no art. 571 do CPP; b) se o ato processual, ainda que praticado de outra forma, tiver atingido sua finalidade; e c) se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceitado os seus efeitos.

O certo é que o princípio da convalidação deve ser visto em harmonia com os princípios da razoável duração do processo e da economia processual, pois, como bem salientou Paulo Rangel:

(...) o processo é *procedere*, caminhar, avançar, ir adiante, e não faria sentido declarar nulo todo o processo se a parte que tem interesse na alegação de nulidade não o fez, ou ainda, se o ato, mesmo atípico, atingiu o seu fim ou, por último, se a parte aceitou os efeitos do ato praticado em desconformidade com a lei.¹⁰⁰

Ao tratar do tema, Teresa Arruda Alvim Wambier acertadamente anota que:

(...) o princípio da convalidação deve ser entendido não só como o que se aplica no caso de a possibilidade de levantar o vício ficar acobertada pela preclusão, mas principalmente como a regra de que os vícios processuais, ainda que gravíssimos, podem convalidar-se, aproveitar-se: podem, no fundo, ser “consertados”.¹⁰¹

⁹⁹ CUNHA; PINTO, *op. cit.*, p. 189.

¹⁰⁰ RANGEL, *op. cit.*, p. 772.

¹⁰¹ WAMBIER, *op. cit.*, 2004, p. 184.

Pois bem. O magistrado deve tentar aproveitar o ato processual defeituoso. Não importa que se trate de nulidade tida tradicionalmente como absoluta pela doutrina, ou mesmo que o vício recaia sobre formalidade considerada essencial. Sustentamos que somente no caso concreto poderá o aplicador do direito perquirir se determinado ato processual que apresente vício, seja tanto à formalidade considerada, doutrinariamente, essencial, quanto accidental, deverá sofrer a sanção de nulidade.

3.2.4 Princípio da causalidade

O princípio da causalidade (ou da consequencialidade) significa que a nulidade de um ato pode ocasionar a nulidade de outros que dele dependam. É que, como bem salientou Rui Stoco, “não se pode olvidar que os atos processuais estão interligados em sequência lógica, havendo entre eles nexos etiológico e nexos de coerência, de modo que o vício presente em um deles pode contaminar os posteriores”.¹⁰²

Seu fundamento encontra guarida nos parágrafos do art. 573 do Código de Processo Penal:

Art. 573. Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados.

§ 1º. A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º. O juiz que pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende.

Se determinado ato processual que integra a cadeia é praticado em desconformidade com a lei, deve-se indagar a respeito do vínculo de dependência existente entre este e os que são posteriores à prática do mesmo. Assim, para que haja invalidação, segundo Eugênio Pacelli de Oliveira, impõe-se que “o ato subsequente seja dependente do anterior, no sentido de ter a sua existência subordinada à existência e à validade do primeiro, ou que seja dele consequência, enquanto seu efeito ou resultado”.¹⁰³

Portanto, como assinalado por Paulo Rangel, há a nulidade originária (a do ato em si) e a nulidade derivada (a dos atos subsequentes e dependentes do ato anterior).¹⁰⁴

¹⁰² FRANCO; STOCO, *op. cit.*, p. 1.239.

¹⁰³ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 759.

¹⁰⁴ RANGEL, *op. cit.*, p. 771.

De outra banda, ao reconhecer a nulidade de determinado ato processual, o magistrado ou tribunal deverá, mencionar, expressamente, todos os atos que serão renovados ou retificados, proclamando, desta forma, a extensão da nulidade.

3.2.5 Princípio da economia processual

Segundo Guilherme de Souza Nucci, a economia, no âmbito processual, significa o bom uso dos instrumentos formais colocados à disposição do juiz e das partes, “para que haja o mais adequado funcionamento e andamento dos atos processuais, culminando com um resultado eficiente e útil”.¹⁰⁵

Assim, o princípio da economia processual, basilar da processualística, traduz a eficiência almejada dentro do processo, isto é, a idéia reitora de que este deve produzir um maior resultado com a menor quantidade de esforços possíveis. Nesse diapasão, ensina Denilson Feitoza Pacheco que:

O princípio da economia processual informa todo o direito processual. O processo deve ter o máximo de rendimentos com o menor número possível de atos e com o mínimo gasto de bens. Percebemos seu desdobramento, quanto à teoria das nulidades, nos princípios da instrumentalidade das formas, do prejuízo, da conservação dos atos processuais e da convalidação.¹⁰⁶

Tal princípio deve ter a sua aplicação, obviamente, dosada, de modo a não suprimir outros princípios igualmente relevantes ao direito processual penal, tendo em vista as garantias fundamentais asseguradas ao réu. Sobre esse ponto, Nelson Nery Jr., citando Eduardo J. Couture, sustenta que:

Se, numa demonstração de retórica jurídica, se podia dizer que “no processo o tempo é algo mais do que ouro: é justiça”, com muito maior razão se pode afirmar que a justiça tem de ser feita da forma mais rápida possível, sempre observando os preceitos constitucionais que devem ser agregados ao princípio da celeridade e razoável duração do processo, como o devido processo legal, a isonomia, o contraditório e a ampla defesa, o juiz natural (...) etc.¹⁰⁷

Todavia, é igualmente certo que as garantias asseguradas ao réu, como a ampla defesa e o contraditório, não podem representar, sob qualquer aspecto, um entrave ao andamento

¹⁰⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 333.

¹⁰⁶ PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2006, p. 797.

¹⁰⁷ NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 315.

processual natural, para que se possa firmar, também, a aplicação do princípio da razoável duração do processo, previsto no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, que, por seu turno, constitui um dos desdobramentos do princípio da economia processual. Como assevera Nucci, “a meta de atingir uma duração razoável do processo, sob o prisma da celeridade, tem por finalidade, dentre outras, o combate à impunidade”, da mesma forma que “garante, ainda, um menor período no qual fica exposto o réu, podendo sofrer medidas restritivas aos seus direitos”.¹⁰⁸

É essencial para um Estado Democrático de Direito, a existência de um processo célere que, ao mesmo tempo em que assegure os direitos e garantias individuais, não abra mão da eficácia das decisões judiciais.

Nos tempos hodiernos, sabe-se do alto custo da justiça no que atine ao desperdício de atos e ao elevado índice de impunidade, este, gerado por vários fatores, dentre os quais, a prescrição. Nessa esteira, Nelson Nery Jr. conclui que:

Leis nós temos. Boas e muitas. Não se nega que reformas na legislação processual infraconstitucional são sempre salutares, quando vêm para melhorar o sistema. Mas não é menos verdade que sofremos de problemas estruturais e de mentalidade. Queremos nos referir à forma com que são aplicadas as leis e à maneira como se desenvolve o processo administrativo e o judicial em nosso País. É necessário dotar-se o poder público de meios materiais e logísticos para que possa melhorar sua infraestrutura e, ao mesmo tempo, capacitar melhor os juízes e servidores públicos em geral, a fim de que possam oferecer prestação jurisdicional e processual administrativa adequada aos que dela necessitam.¹⁰⁹

O princípio da economia processual está intimamente ligado ao sistema de invalidação dos atos processuais penais. Basta que se observe o dever que se impõe ao magistrado de se partir da premissa da validade *prima facie* dos atos processuais (que será analisada no próximo capítulo deste estudo monográfico), exatamente para evitar a desnecessária repetição de atos defeituosos.

3.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade consiste na adaptação das decisões judiciais às circunstâncias do caso concreto

¹⁰⁸ NUCCI, *op. cit.* nota 105, p. 265.

¹⁰⁹ NERY JR., *op. cit.* nota 107, p. 318.

O princípio da proporcionalidade é um princípio constitucional implícito. Nas palavras de Denilson Feitoza Pacheco, “ele impõe a justificabilidade metódica das intervenções em direitos fundamentais”.¹¹⁰

De modo geral, as doutrinas nacionais e estrangeiras têm firmado o princípio da proporcionalidade em sentido amplo como subdivido em subprincípios, a saber: princípio da adequação, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

No que pertine ao subprincípio da adequação, este deve ser aferido com base nos fins imediatos e mediatos da persecução criminal. Segundo Pacheco, o princípio da adequação (*Geeignetheit*) “diz respeito à aptidão ou adequação que determinado meio deve ter para alcançar o ‘fim legítimo pretendido’, ou seja, os fins da persecução criminal”.¹¹¹

Ainda, no tocante ao subprincípio da adequação, Fredie Didier Jr. aponta que este impõe o dever de averiguar “se a medida empregada representa o meio certo para levar a cabo um fim almejado; há de se adequar o meio ao fim que se busca alcançar e esta perquirição é uma das etapas fundamentais na aplicação do princípio da proporcionalidade”.¹¹²

O subprincípio da necessidade (*Erforderlichkeit*), também conhecido como princípio da intervenção mínima, informa que “a regra de solução somente será legítima qual for real o conflito, ou seja, quando efetivamente não for possível estabelecer um modo de convivência simultânea das normas em desarmonia”.¹¹³ Ademais, ensina Paulo Bonavides que “pelo princípio ou subprincípio da necessidade, a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou uma medida para ser admissível deve ser necessária”.¹¹⁴

Sobre o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito (*Abwagungsgebot*), Willis Santiago Guerra Filho preleciona que:

(...) se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio a ser empregado, que seja juridicamente a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o “conteúdo essencial” (*wesensgehalt*) de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana – consagrada explicitamente como fundamento de nosso Estado Democrático, logo após a cidadania, no primeiro artigo da Constituição de 1988 -, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição

¹¹⁰ PACHECO, Denilson Feitoza. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=4208>>. Acesso em: 21.11.2011.

¹¹¹ *Loc. cit.*

¹¹² DIDIER JR., *op. cit.*, p. 38.

¹¹³ *Loc. cit.*

¹¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, 397.

normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens.¹¹⁵

A proporcionalidade *stricto sensu*, segundo Bernal Pulido, deve ser entendida no sentido de que a intervenção num direito fundamental deve estar justificada pela importância da realização do fim perseguido pela intervenção legislativa.¹¹⁶

Fenômeno que não raramente acontece na hermenêutica processual penal é o da colisão entre princípios constitucionais. Considerando a inexistência de hierarquia, no plano normativo, entre os princípios constitucionais, ensina Fredie Didier Jr., que “a solução do impasse há de ser estabelecida mediante a devida ponderação dos bens e valores concretamente tensionados, de modo a que se identifique uma relação específica de prevalência entre eles”.¹¹⁷

Destarte, o magistrado, para resolver o conflito, haverá de avaliar qual dos valores constitucionais, no caso, concreto, deverá prevalecer. Não se trata de excluir a incidência de determinado valor constitucional, mas de estabelecer um grau de preponderância de um em relação ao outro a depender, obviamente, do caso concreto. Aqui, o juiz ponderará os interesses em jogo, “limitando a aplicação de um dos conflitantes em detrimento da do outro, de modo a delimitar o seu alcance”.¹¹⁸

No tocante a seara de “sopesamento” dos princípios colidentes, Robert Alexy exara o seguinte entendimento:

Quando maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro. (...)

A lei do sopesamento mostra que ele pode ser dividido em três passos. No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio justifica a afetação ou não-afetação do outro princípio.¹¹⁹

Trata-se, pois, de princípio que viabiliza a aplicação da justiça no caso concreto, flexibilizando a rigidez das disposições legais abstratas. Nessa esteira, Paulo Bonavides afirma que:

¹¹⁵ *Apud* NUCCI, *op. cit.* nota 105, p. 210.

¹¹⁶ *Apud* PACHECO, *op. cit.*

¹¹⁷ DIDIER JR., *op. cit.*, p. 34.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 35.

¹¹⁹ ALEZY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 593-594.

Com efeito, o critério da proporcionalidade é tópico, volve-se para a justiça do caso concreto ou particular, se aparenta consideravelmente com a equidade e é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais que, após submeterem o caso a reflexões prós e contras (*Abwägung*), a fim de averiguar se na relação entre meios e fins não houve excesso (*Übermassverbot*), concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção.¹²⁰

No que tange ao sistema de regras de decretação das nulidades processuais penais, o princípio da proporcionalidade tem especial importância. Isso porque, *in casu*, o aplicador do direito, ao se deparar com determinado ato processual praticado em desconformidade com o modelo prescrito em lei, deverá, de fato, procurar um ponto de equilíbrio entre as garantias processuais do réu e a efetividade do processo penal, se valendo, obviamente, para essa incumbência, do princípio da proporcionalidade.

3.4 PRINCÍPIO DO PREJUÍZO

O princípio do prejuízo constitui a viga mestra do sistema das nulidades processuais penais, informando que a desobediência às formalidades previstas em lei só devem conduzir à sanção de nulidade somente quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo defeito.

Esse princípio pode ser encontrado no art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o qual “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”, e também no art. 566 do mesmo estatuto legal, que prevê que “não será declarada a nulidade de ato processual que não houve influído na apuração da verdade real ou na decisão da causa”.

As regras inseridas nos artigos supracitados estampam a máxima *pas de nullité sans grief*, surgida com a Ordenação de Tolosa, segundo a qual não basta que o ato processual tenha sido elaborado em desconformidade com a sua prescrição legal, mas é indispensável que sua imperfeição tenha acarretado prejuízo às partes.

Portanto, além do ato processual ter sido elaborado em desconformidade com a forma prescrita no modelo legal (ou seja, seja atípico), é essencial que da sua imperfeição tenha resultado prejuízo para qualquer das partes.

Sobre a demonstração do prejuízo no processo penal, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes ensinam que:

¹²⁰ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 426.

(...) normalmente essa demonstração se faz através de simples procedimento lógico, verificando-se a perda da faculdade processual conferida à parte ou o comportamento dos elementos colocados à disposição do juiz no momento da sentença tiveram influência no resultado final do processo.¹²¹

Segundo Mossin, o princípio do prejuízo, previstos nos arts. 563 e 566 do Código de Processo Penal, aplica-se, tão somente, às nulidades consideradas relativas, pois o prejuízo nas absolutas é presumido. “Logo, havendo nulidade absoluta, não se deve indagar, para efeito da sanção de ineficácia, se o ato atípico produziu ou não prejuízo às partes”.¹²²

Não concordamos com esse posicionamento, pois, em todos os casos, independentemente da gravidade do vício, para que haja a invalidade de determinado ato processual, o prejuízo deve ser comprovado concretamente. Sempre. É o que analisaremos melhor por ocasião do último capítulo desta monografia.

A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que instituiu os Juizados Especiais Criminais na esfera estadual, também traz previsão expressa do princípio do prejuízo, conforme se infere do teor do seu § 1º do art. 65, “não se pronunciará qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo”.¹²³

3.5 PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS

O processo, como instrumento da jurisdição, é formado por atos que, além de terem sua forma prevista em lei, possuem uma finalidade específica. Atos que, por conseguinte, existem em razão de um fim que, em última análise, será a aplicação do direito cabível à hipótese do caso concreto. Cândido Rangel Dinamarco já havia destacado que:

No exame do processo a partir de um ângulo exterior, diz-se que todo o sistema não vale por si, mas pelos objetivos que é chamado a cultivar; e depois, em perspectiva interna, examinam-se os atos do processo e deles diz-se o mesmo. Cada um deles tem uma função perante o processo e este tem funções perante o direito substancial, a sociedade e o Estado.¹²⁴

O princípio da instrumentalidade das formas informa que os atos processuais não serão anulados por qualquer atipicidade formal quando, mesmo praticados de outra forma, tiverem

¹²¹ GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, *op. cit.*, p. 26.

¹²² MOSSIN, *op. cit.*, p. 82.

¹²³ BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 21.11.2011.

¹²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 269.

atingido suas finalidades (art. 572, II, do CPP). Exemplo disso é a existência de irregularidade na citação: ainda que o ato de citação tenha infringido alguma formalidade prevista em lei, ainda assim estará sanado o ato se o réu tomar ciência da imputação e apresentar resposta escrita à acusação, tendo em vista que a finalidade do ato era precisamente informá-lo das alegações acusatórias e lhe facultar a resposta, escopo, este, portanto, atingido (art. 570 do CPP).

Sobre o tema, José Frederico Marques anota que:

(...) se o ato processual deve ser praticado segundo as formas legais – menos certo não é, por outro lado, que não podem as normas processuais subordinar-se, neste caso, aos princípios de um formalismo hipertrofiado e rígido que ponha em segundo plano o conteúdo e finalidade do ato a ser praticado, para dar excessivo realce ao respectivo *modus faciendi*. O legislador, que assim agisse, estaria ultrapassando os próprios objetivos das formas processuais, como bem explica Caetano Leto – porquanto, com o intuito de assegurar a autoridade da lei, acabaria, na verdade, “por enfraquecê-la, criando, a cada passo, e muitas vezes sem razão, graves obstáculos e empecilhos, sempre prejudiciais ao curso dos processos”.¹²⁵

Consoante o entendimento de Heráclito Antônio Mossin, “o ato deve, como é de evidência solar, ser confeccionado de forma a dar-lhe o efeito jurídico para o qual é ele dirigido”, caso contrário, “o fundo será substituído pela forma, o que se constitui em verdadeiro absurdo lógico”.¹²⁶ Tendo o ato atingido sua *causa finalis*, pouco importa a inobservância de sua formalidade essencial. “Logo, tal formalidade cede passo à finalidade coroada pelo ato, ficando a nulidade dela emergente completamente sanada”.¹²⁷

Nessa esteira, Rui Stoco ensina que “na apreciação da validade do ato processual, a verificação de ter ele atingido a sua finalidade prevalece sobre a inobservância das regras formais”.¹²⁸

Tanto isso é verdade que a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal assenta: “Se toda formalidade processual visa um determinado fim, e este fim é alcançado, apesar de sua irregularidade, evidentemente carece esta de importância. Decidir de outro modo será incidir no despropósito de considerar-se a formalidade um fim em si mesma” (XVII).

A perspectiva formalista do processo inverte o papel da lei, conduzindo, inegavelmente, a um tratamento distorcido da realidade. Conforme preconizado por Pacelli, a

¹²⁵ MARQUES, José Frederico. **Estudos de Direito Processual Penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2001, p. 265.

¹²⁶ MOSSIN, *op. cit.*, pp. 12-13.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 97.

¹²⁸ FRANCO; STOCO, *op. cit.*, p. 1.238.

não-observância da forma prevista em lei terá relevância, tão somente, “na exata medida em que possa impedir a realização do justo processo, seja promovendo o desequilíbrio na participação e efetiva contribuição das partes, seja afetando o adequado exercício da função estatal jurisdicional”.¹²⁹

A propósito, Nucci adverte que o sistema da finalidade da lei mostra-se fundamental ao processo penal, inclusive, diante do cenário em que se encontra atualmente – da excessiva morosidade com que atua o Poder Judiciário em todo o país. Prossegue o doutrinador, afirmando que:

Varas repletas de processo, tribunais sobrecarregados de recursos e um aparelho judiciário ainda antiquado transformam o princípio da economia processual, por vezes, em ficção jurídica. Uma das formas de se combater a lentidão exagerada em relação ao trâmite processual é evitar, sempre que possível, a decretação de nulidades, pois tal medida implicará no refazimento dos atos já praticados, acarretando, por óbvio, um atraso significativo na concussão do feito. Por isso, quando o ato processual deixou de ser praticado conforme a fórmula legalmente prevista, porém, terminou por atingir a finalidade da lei (ou o espírito da lei), inexistente plausibilidade para ser anulado. Necessita-se mantê-lo, por uma questão de lógica e praticidade.¹³⁰

Ad finiendum, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, ao analisar o formalismo-valorativo em confronto com o formalismo-excessivo, aduz que o sistema brasileiro “dispõe de meios suficientes para vencer o formalismo pernicioso e conduzir o processo às suas reais metas. Mostra-se necessária, tão somente, uma atitude mais aberta, talvez uma mudança de mentalidade, para o enfrentamento de problemas dessa ordem”.¹³¹

3.6 PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

Hodiernamente, prestigia-se no direito estrangeiro, mais precisamente na Alemanha, na França e em Portugal, e já com alguma repercussão na doutrina nacional, o chamado princípio da cooperação, oriundo da onda do neoprocessualismo, segundo o qual, como esposado por Fredie Didier Jr., o magistrado deve tomar “uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras”.¹³²

¹²⁹ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 750.

¹³⁰ NUCCI, *op. cit.* nota 63, p. 891.

¹³¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O Formalismo-Valorativo em Confronto com o Formalismo-Excessivo. **Revista de Processo**. Ano 31. n. 137. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 31.

¹³² DIDIER JR., *op. cit.*, p. 50.

Segundo Roberto Berizonce, houve época em que o juiz era concebido como o “convidado de pedra” no processo, usando essa imagem para significar que o juiz assistia à luta que se tratava entre as partes de braços cruzados.¹³³

A esse respeito, José Carlos Barbosa Moreira preleciona que:

A transição do liberalismo individualista para o Estado social de direito assinala-se, como se sabe, por substancial incremento da participação dos órgãos públicos na vida da sociedade. Projetada no plano processual, traduz-se o fenômeno pela intensidade de juiz, cuja imagem não se pode comportar no arquétipo do observador distante e impassível da luta entre as partes, simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento para assegurar a observância das regras do jogo, e, no fim, proclamar o vencedor.¹³⁴

No momento em que vivemos, em meio a várias crises, a sociedade como um todo vê no Poder Judiciário a solução para diversos impasses. Confiar ao juiz um papel mais ativo não implica, necessariamente, instaurar no processo o domínio do arbitrariedade.

Fredie Didier Jr., ao tratar do princípio da cooperação, ressalta três aspectos desse preceito impostos ao magistrado: a) dever de esclarecimento; b) dever de consultar; e c) dever de prevenir.¹³⁵ Esses são os deveres decorrentes do contraditório colaborativo.

O dever de esclarecimento consiste no dever que tem o juiz de se esclarecer junto às partes “quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo, para evitar decisões tomadas em percepções equivocadas/apressadas”.¹³⁶

O dever de consultar trata-se de manifestação do contraditório, visto que assegura às partes “o poder de tentar influenciar”¹³⁷ na solução de algum impasse processual.

O dever de prevenir traduz-se na postura dialogal que deve o magistrado manter com as partes do processo, esclarecendo suas dúvidas, ou seja, “dando as orientações necessárias”.¹³⁸

Dessa forma, encara-se o processo como o produto de uma atividade cooperativa, ou seja, cada sujeito processual com as suas funções, mas todos com um objetivo comum – a prolação do ato decisório final.

Enfim, considerando o grande número de nulidades no processo penal moderno, é dever não só do magistrado, como também de todos os sujeitos processuais, primar pelo seu

¹³³ *Apud* WAMBIER, *op. cit.*, p. 171.

¹³⁴ *Loc. cit.*

¹³⁵ DIDIER JR., *op. cit.*, p. 51.

¹³⁶ *Loc. cit.*

¹³⁷ *Ibid.*, p. 52.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 51.

afastamento, de forma a realizar um processo mais límpido e puro, próprio da evolução científica do direito.

3.7 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL

O princípio da boa-fé processual, também conhecido como princípio da lealdade, ou da boa-fé objetiva, advém da premissa de que não é justo um processo pautado em condutas desleais. Trata-se, portanto, de uma cláusula geral processual.

É preciso, antes de mais nada, indagar a respeito do fundamento constitucional do princípio da boa-fé processual. É certo que ele não vem expressamente previsto na atual Constituição Federal, porém, pode ser extraído de outros princípios constitucionais.

Segundo Brunela Vieira de Vincenzi, o inciso I do art. 3º da Constituição Federal de 1988 é o fundamento constitucional da proteção da boa-fé objetiva (construir uma sociedade livre, justa e solidária). Haveria um dever fundamental de solidariedade, do qual decorreria o dever de não quebrar a confiança e de não agir com deslealdade.¹³⁹

Para Nelson Rosendal, a cláusula geral da boa-fé é a concretização da proteção constitucional à dignidade da pessoa humana.¹⁴⁰

Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro entende que o princípio da boa-fé decorre do direito fundamental à igualdade “a pessoa que confie, legitimamente, num certo estado de coisas não pode ser vista se não tivesse confiado – seria tratar o diferente de modo igual”.¹⁴¹

Antônio do Passo Cabral entende que o fundamento da boa-fé processual é o princípio do contraditório, que não é apenas fonte de direitos processuais, mas também de deveres. O contraditório, segundo o referido doutrinador, não serve apenas para dar aos litigantes o direito de poder influenciar na decisão, mas também “tem uma finalidade de colaboração com o exercício da jurisdição”.¹⁴²

Acertado é o posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual a exigência de um processo leal e pautado da boa-fé provém da cláusula do devido processo legal, conforme o teor da transcrição de trecho da decisão que se segue:

¹³⁹ *Apud* DIDIER JR., *op. cit.*, p. 48.

¹⁴⁰ *Loc. cit.*

¹⁴¹ *Loc. cit.*

¹⁴² CABRAL, Antônio do Passo. O Contraditório Como Dever e a Boa-Fé Processual Objetiva. **Revista de Processo**. n. 126. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 172.

A máxima do *fair trial* é uma das facetas é uma das facetas do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa-fé e lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos.¹⁴³

Um processo para ser devido precisa ser ético e leal. Não se poderia aceitar como justo um processo pautado em condutas desleais ou antiéticas. Por essas razões, é certo afirmar que a proteção à boa-fé processual é manifestação de interesse público.

Os sujeitos processuais devem se comportar de acordo com a boa-fé que, nesse caso, deve ser entendida como uma norma de conduta – boa-fé objetiva. Segundo Fredie Didier Jr., de acordo com a sistematização procedida pela doutrina alemã, são quatro os casos de aplicação da boa-fé ao processo: a) a proibição de criar dolosamente posições processuais (proibição de agir de má-fé); b) a proibição de *venire contra factum proprium* (comportamento contraditório); c) a proibição de abuso de poderes processuais (como, por exemplo, o abuso do direito de defesa); e d) *Verwirkung* (perda de poderes processuais em razão do seu não exercício por tempo suficiente para incutir no outro sujeito a confiança legítima de que esse poder não mais será exercido).¹⁴⁴

Certos setores doutrinários, adeptos de um posicionamento liberal, apregoam que os cânones da boa-fé processual não se amoldariam ao processo penal, pois aqui, ao contrário do que ocorre, por exemplo, no processo civil, estão contrapostos indivíduo e Estado e, como a boa-fé seria um “direito do adversário”, não poderia o órgão do Ministério Público invocá-la.¹⁴⁵ Outros, como Michele Taruffo, afirmam que, no processo penal, nenhum dever de boa-fé processual poderia ser exigido da defesa, podendo, esta, até distorcer provas.¹⁴⁶ É comum, também, o entendimento de que o réu poderia praticar ilegalidades processuais, isto porque tal conduta estaria abrangida pelos postulados da legítima defesa ou estado de necessidade.

Com esses posicionamentos não concordamos. A boa-fé processual não é alheia ao processo penal, embora aqui o seu âmbito de aplicação seja mais restrito. Por ora, não iremos nos aprofundar sobre o tema, pois este será objeto de melhor explanação no último capítulo deste estudo monográfico.

¹⁴³ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **RE 464.963-2/GO**. 2ª Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 14.02.2006. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 21.11.2011.

¹⁴⁴ DIDIER JR., *op. cit.*, p. 47.

¹⁴⁵ GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no Processo Civil. **Revista de Processo**. n. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 29 e ss.

¹⁴⁶ *Apud* CABRAL, *op. cit.* nota 1, p. 382.

Pois bem. Vistos os principais princípios que informam o sistema de nulidades do processo penal brasileiro, cabe-nos, por ocasião do próximo capítulo, discorrer acerca do nosso objeto de estudo propriamente dito, qual seja, o fenômeno da relativização das nulidades processuais penais, sob o prisma da premissa da validade *prima facie* dos atos processuais.

4 PELA RELATIVIZAÇÃO DAS NULIDADES NO PROCESSO PENAL: A VALIDEZ APRIORÍSTICA DOS ATOS PROCESSUAIS

4.1 O ATUAL PANORAMA DAS NULIDADES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Após uma análise do atual quadro em que se encontra o sistema de nulidades processuais penais brasileiro, verificamos um intenso anacronismo entre o que é vocalizado pelas lições doutrinárias. Essa falta de pacificação na sistematização do assunto vem problematizando a sua compreensão e evidenciando um terreno de difícil trânsito.

Ademais, a própria legislação processual penal em vigor, que traz em seu bojo regras bastante imprecisas no que pertine às invalidades processuais, em nada contribui para facilitar o entendimento desse instituto tão importante para a ciência jurídica.

É certo afirmar que essa mesma situação pode ser observada quando nos deparamos com os mais diversos posicionamentos jurisprudenciais a respeito do tema. Vê-se uma enorme quantidade de acórdãos proferidos pelos tribunais de justiça dando maior destaque às formalidades, pronunciando nulidades a todo o tempo, na maioria das vezes, sem critérios seguros, baseados em fórmulas vagas, fluidas, sem cientificidade e frases puramente retóricas.

É o que podemos inferir, segundo os ensinamentos esposados por Antônio do Passo Cabral, da patente banalização jurisprudencial das nulidades na esfera criminal, “numa compreensão engessada das formas e das invalidades, a reboque da tendência não adequadamente justificada de considerar muitas nulidades como ‘absolutas’, alegáveis a qualquer tempo e mesmo após o trânsito em julgado, ou cujo prejuízo seria presumido”.¹⁴⁷

4.2 CRÍTICAS À TEORIZAÇÃO ATUAL SOBRE AS NULIDADES PROCESSUAIS PENAS

Como dissemos, o modelo contemporâneo das nulidades processuais penais no Brasil padece de vários desencontros doutrinários e jurisprudenciais. Podemos afirmar, sem medo de errar, que essa multiplicidade de classificações das nulidades no sistema processual penal expostas pela doutrina tem, na verdade, prejudicado a compreensão desse instituto tão importante.

Os esquemas teóricos tradicionais vêm se demonstrando claramente insuficientes para explicar, no plano concreto, todas as possibilidades processuais de atos defeituosos, ao separarem as nulidades em critérios contraditórios entre si, muitas vezes fulcrados numa

¹⁴⁷ CABRAL, *op. cit.* nota 1, p. 380.

gradação de vícios bastante imprecisa. Nesse diapasão, podemos concluir que a justificação das classificações das nulidades processuais penais é mais de índole formal do que propriamente uma coerência efetiva.

A razão disso tudo se deve à impossibilidade de tratamento do tema das nulidades afastado do caso concreto.

Ademais, são encontrados rótulos distintos para se referir a fenômenos idênticos, como também são vistas classificações mais detalhadas do que outras. Segundo Antônio Tovo Loureiro, observa-se uma verdadeira polissemia dos termos que tratam do tema, tais como inexistência, ato nulo de pleno direito, nulidade absoluta, nulidade relativa, nulidade implícita, nulidade virtual, ato inexistente, anulabilidade, irregularidade, entre outros.¹⁴⁸

Além disso, é de fácil percepção a falha do legislador que, em vez de compor normas claras quanto às hipóteses de atos viciados e os efeitos decorrentes dessa mácula processual (arts. 563 a 573 do CPP), trouxe regras bastante imprecisas, corroborando, ainda mais, com essa dificuldade de sistematização e interpretação doutrinária e jurisprudencial que vem se alastrando no nosso atual sistema de nulidades processuais penais. O anacronismo e a desconformidade com a atual Constituição Federal continua evidente, tanto que, em nenhum dos projetos de reforma, cogitou-se de sua alteração.

Os esforços dos doutrinadores para uniformizar a classificação e indicar uma espécie de tipologia das nulidades acabaram reduzindo as possibilidades de compreensão acerca do assunto. Isso porque há uma forte tensão entre a vinculação a enunciados classificatórios e a necessidade de compreensão. Esta, por sua vez, estimula o interprete a prosseguir no afã hermenêutico para encontrar a melhor solução para o caso concreto.

A melhor opção, então, ao aplicador do direito será compreender as possibilidades de interpretação da legislação processual penal, no caso concreto, em compasso com a Constituição Federal, de forma a conferir efetividade e celeridade ao processo, sem que isso, necessariamente, implique a mitigação das garantias fundamentais asseguradas às partes.

Assim, constatando, no caso concreto, que “o conceito de resposta ao ato defeituoso”, isto é, a aplicação da sanção de nulidade, conduz a um resultado que não encontra respaldo constitucional e que acaba por desvirtuar a finalidade do processo, deve o juiz procurar uma interpretação que viabilize uma decisão que maximize as possibilidades de compressão do conjunto (sujeitos processuais, ordenamento jurídico e contexto social).¹⁴⁹

¹⁴⁸ LOUREIRO, *op. cit.*, p. 14.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 23.

4.3 A RELATIVIZAÇÃO DAS NULIDADES NO PROCESSO PENAL

A relativização das nulidades no processo penal é tema que, embora timidamente, vem ganhando cada vez mais espaço nos estudos doutrinários no campo das invalidades processuais.¹⁵⁰ Vem conquistando espaço também nas mais recentes jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, como veremos no último tópico deste capítulo.

A flexibilização das nulidades processuais penais aqui tratada não significa “desprocessualizar” o sistema. O procedimento é importante para reduzir as assimetrias processuais e, juntamente com os princípios do contraditório e da ampla defesa, conduz, de forma eficaz, à decisão judicial final. O que deve ser mudado, na verdade, é o raciocínio da invalidação e a compreensão das nulidades.

Sobro o assunto, Antônio do Passo Cabral pontifica que:

A compreensão moderna do formalismo processual tenta contrabalançar as vantagens que o estabelecimento de formalidades traz para o processo (segurança, previsibilidade, isonomia, contenção do arbítrio), com o desprendimento das formas “tabelioas”, desnecessárias. O meio termo é procurarmos evitar “os falsos formalismos”, ilusórios, antieconômicos, ineficientes, e que não cumprem nenhuma função.¹⁵¹

Se a formalidade processual tem a sua importância própria, representa, por outro lado, a atuação prática de outros valores igualmente ou, diga-se de passagem, mais essenciais, levando-se em consideração a sua funcionalidade dentro do processo. Trata-se de uma reorientação axiológica das formalidades que, segundo Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, pode ser descrita na expressão “formalismo-valorativo”.¹⁵²

A tendência jurisprudencial dos tribunais superiores dos últimos tempos tem sido, portanto, relevar os vícios dos atos praticados em desconformidade com a lei, evitar as declarações judiciais de nulidades e aproveitar os atos processuais, sem qualquer distinção a respeito da gravidade dos seus defeitos.

Seguindo a linha de raciocínio aqui esposada, Fredie Didier Jr. ensina que: “no direito processual, não há defeito que não possa ser sanado. Por mais grave que o seja, mesmo que

¹⁵⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros, 2006; CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades no Processo Moderno**: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009; DIDIER JR., *op. cit.*; LOUREIRO, *op. cit.*; RANGEL, *op. cit.*; WAMBIER, *op. cit.*

¹⁵¹ CABRAL, *op. cit.* nota 1, p. 385.

¹⁵² OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *op. cit.*, pp. 7 e ss.

apto a gerar a invalidade do procedimento ou de um dos seus atos, todo defeito é sanável. Não há exceção a esta regra”.¹⁵³

Os preceitos relativizantes das nulidades asseguram, ao processo, o cumprimento de sua missão sem transforma-se em um fim em si mesmo. Dentro desse contexto, emerge a preponderância do interesse público da instrumentalidade das formas. De toda forma, caberá ao magistrado, dentro de uma escala de proporcionalidade, a depender do caso concreto, buscar um ponto de equilíbrio entre as garantias processuais do acusado e a efetividade do processo penal, que, por sua vez, não pode se tornar uma verdadeira “fábrica” de nulidades.

Por todas as razões aqui expostas, entendemos que a invalidação do ato processual deve ser compreendida como *ultima ratio*, ou seja, aplicável, tão somente, se não houver outra solução menos gravosa aos fins processuais. E, partindo-se dessa concepção, é de se concluir que o magistrado deverá ter como norte a premissa da validade *prima facie* dos atos praticados no processo, de forma a evitar os formalismos ilusórios, ineficientes e que não cumprem nenhuma função. Segue essa mesma linha de raciocínio, Antônio do Passo Cabral.¹⁵⁴

Ademais, os princípios relativizadores das nulidades informam que, se houver um silêncio proposital em alegar um defeito formal, as alegações tardias devem ser consideradas inadmissíveis.

4.4 A VALIDEZ APRIORÍSTICA DOS ATOS PROCESSUAIS

Ao estudarmos o conceito de nulidade, vimos, com base na “nova” doutrina, que ela deve ser entendida como uma sanção de ordem processual que poderá ser aplicada pelo magistrado, ou seja, é uma dentre as várias possibilidades trazidas pelo ordenamento jurídico quando houver um vício de forma em determinado ato do processo.

Nessa esteira, Antônio do Passo Cabral ensina que:

Essa constatação fez com que a doutrina, nacional e estrangeira, de algum tempo viesse afirmando que qualquer defeito processual deva poder ser sanado e que qualquer ato do processo deva poder ser, por princípio, aproveitado. Isso já era percebido por muitos autores ao notar que a imensa maioria das regras processuais, contidas nos Códigos de Processo, não disciplinam hipóteses de invalidação, mas mecanismos para o aproveitamento dos atos processuais, relativizando e reduzindo as nulidades. Por conseguinte, qualquer vício formal deve ser compreendido como

¹⁵³ DIDIER JR., *op. cit.*, p. 264.

¹⁵⁴ CABRAL, *op. cit.* nota 1.

sanável ou sujeito a convalidação, e as nulidades insanáveis devem ser reservadas a “hipóteses raríssimas”.¹⁵⁵

O professor José Roberto dos Santos Bedaque, ao longo de sua magnífica obra intitulada *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, expõe sua preocupação com um justo equilíbrio entre as formas do processo e o valor das normas como fatores de segurança para as partes, bem como com o empenho em usar o processo como autêntico instrumento para fazer justiça. No que pertine ao que vem aqui sendo explicitado, o doutrinador assevera que a invalidação deve ser compreendida como a última consequência, aplicável somente se não houver outra solução menos gravosa.¹⁵⁶

Atualmente, existe uma espécie de “meta legislativa” no sentido do máximo aproveitamento dos atos processuais praticados, de forma que a declaração de nulidade deva constituir medida excepcional, aplicável como *ultima ratio*, isto é, somente se não houver outra solução menos gravosa para o trâmite do processo. “Existe uma preferência normativa pela validade dos atos do processo, ou seja, uma diretiva do ordenamento que sugere ao aplicador que, em caso de dúvida, deve-se manter o ato e sua validade”.¹⁵⁷ Como a maioria das regras referentes às nulidades revelam um complexo de normas que visam impedir a invalidação dos atos processuais defeituosos, defendemos que o ordenamento jurídico consagra o princípio da validade *prima facie* dos atos processuais.

Sobre o tema, Antônio do Passo Cabral preleciona que:

(...) na seara penal não é possível que se imaginem formalidades que sejam compreendidas apenas na sua dimensão de garantia. Ao contrário, devem ser combinadas no seu valor em si e na sua funcionalização valorativa, aplicadas a título excepcional e somente se houver razões suficientes para infirmar a preferência normativa pela validade dos atos processuais praticados.¹⁵⁸

Nesse mesma linha de raciocínio, Fredie Didier Jr.:

A nulidade de um ato processual ou do procedimento é encarada pelo direito processual como algo pernicioso. A invalidação do ato deve ser vista como solução de *ultima ratio*, tomada apenas quando não for possível aproveitar o ato praticado com defeito. O magistrado deve sentir um profundo *mal-estar* quando tiver de invalidar algum ato processual.¹⁵⁹

¹⁵⁵ CABRAL, *op. cit.* nota 1, p. 386.

¹⁵⁶ BEDAQUE, *op. cit.*, p. 501.

¹⁵⁷ CABRAL, *op. cit.* nota 1, p. 387.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 395.

¹⁵⁹ DIDIER JR., *op. cit.*, p. 259.

A invalidação constitui a consequência mais extrema que pode provir da prática de um ato defeituoso. Somente se aplica a sanção de nulidade à determinado ato defeituoso se não for possível aproveitá-lo. Por outro lado, verificada a necessidade de decretação da nulidade, esta deverá se restringir ao mínimo necessário, de modo a manter incólumes partes dos atos que possam ser aproveitadas, em virtude de não terem sido contaminadas. Em razão da premissa da validade *prima facie* dos atos processuais, “se não ficarem caracterizadas circunstâncias especiais que revelem uma repercussão deletéria daquele defeito formal, mantém-se a prioridade normativa pela validade do ato”.¹⁶⁰ Assim, o exame da invalidação pelo aplicador do direito tende à manutenção da validade dos atos processuais.

Podemos, então, concluir que a prioridade normativa em favor da validade dos atos praticados no processo empurra o convencimento do magistrado no sentido da manutenção e aproveitamento do ato. Essa preferência poderá ser infirmada, tão somente, se motivos suficientes demonstrarem a necessidade de nulificação.

4.4.1 A nulidade e o caso concreto

É certo que o garantismo processual e o respeito às formas legais encontram no processo penal as suas prementes necessidades de aplicação, tendo em vista a constante desigualdade que se verifica entre o réu (este, muitas vezes, desamparado, desprotegido) e o Estado (este, na maioria das vezes, repressor), além da sensibilidade do direito envolvido – o direito individual de liberdade. Contudo, nem sempre é essa a situação que se verifica no caso concreto.

Na criminalidade organizada, em delitos de competência da Justiça Federal, pode acontecer de o Estado-juiz ser quem ocupe a posição de desvantagem na relação processual. Ademais, muitos tipos penais não preveem pena privativa de liberdade como preceito secundário.

Como observado por Antônio do Passo Cabral, é certo que:

(...) temos que refletir, na atualidade, sobre se o processo criminal sempre confronta o Estado “avassalador” (o “rolo compressor” persecutório) a um indivíduo desamparado e desprotegido. Se esta até pode ser a realidade em muitos processos, sobretudo na Justiça Estadual, o mesmo não se adequa à realidade da criminalidade organizada, dos crimes tributários, dos crimes empresariais, daqueles ofensivos à ordem econômica e ao sistema financeiro. O que se constata na persecução a delitos como *insider trading*, formação de cartel, gestão fraudulenta, lavagem de dinheiro,

¹⁶⁰ CABRAL, *op. cit.* nota 1, p. 392.

evasão de divisas, dentre outros, é um quadro bem diverso. Aqui, a atuação dos órgãos estatais não especializados e de formação generalista, é muito inferiorizada se comparada à proficiência dos grandes escritórios de advocacia, profundos conhecedores da matéria em causa e assessorados por grupos de contadores, engenheiros, economistas etc.¹⁶¹

Da mesma forma, nem sempre podemos justificar essas necessidades com base no argumento simplista e reducionista de que o processo penal protege direitos mais relevantes do que aqueles presentes no processo civil, por exemplo. Nesse sentido, Antônio do Passo Cabral aponta que:

Ora, um rápido inventário de algumas demandas na litigância civil atual permitirá verificar que também o processo civil lida com inúmeros bens e interesses cuja importância é inquestionável: as ações coletivas talvez sejam o maior exemplo, em que questões que tocam direitos de milhões de pessoas em matéria de meio ambiente, saúde, consumo, previdência, patrimônio público etc. Isso sem contar as demandas individuais que buscam as internações hospitalares recusadas por planos de saúde ou a entrega de medicamentos pelo poder público. Alguém dirá aos requerentes que seus interesses não são relevantes, ou que são menos importantes?¹⁶²

Existem muitas limitações à liberdade processual da defesa, que, por sua vez, não pode dispor livremente dos seus poderes e alternativas processuais. Os preceitos relativizadores das nulidades processuais penais devem ser observados de forma a evitar os formalismos desprovidos de qualquer finalidade, ineficientes e que não cumprem nenhuma função. É certo que existe um interesse público na efetividade do processo, na busca da verdade real, que deverá, sempre e antes de tudo, ser levado em conta pelo juiz.

Assim, não concorrendo no caso concreto fatores e condições que justifiquem, em grau mais acentuado, que deva ser declarada judicialmente a nulidade do ato defeituoso, mantém-se sua validade.

4.4.2 Garantias processuais do acusado x eficiência do processo

Da mesma forma que existe um interesse público na assecuridade dos direitos processuais do réu, existe um interesse tão quão importante na efetividade do processo penal e na busca da verdade real.

É muito comum a verificação de algum defeito de forma na prática de algum ato dentro do processo. Em casos como esse, não são raras as vezes em que se conflitam os princípios atinentes aos interesses públicos processuais assegurados ao réu e os que dizem

¹⁶¹ CABRAL, *op. cit.* nota 150, pp. 352-353.

¹⁶² CABRAL, *op. cit.* nota 1, pp. 395-396.

respeito aos interesses públicos da sociedade no que pertine à eficiência e celeridade da prestação jurisdicional. Nessas hipóteses, ao magistrado caberá ponderar quais os interesses, no caso concreto, deverão prevalecer e, nessa incumbência, se valerá dos postulados do princípio da proporcionalidade. Não se trata de excluir a incidência de determinados princípios, mas de estabelecer um grau de preponderância de uns em relação aos outros.

Como dissemos, o princípio da proporcionalidade consiste na adaptação das decisões judiciais às circunstâncias do caso concreto, de modo a unir a norma e o fato, a lei e a decisão judicial, no juízo de invalidação.

Sobre esse princípio, Fredie Didier anota que:

É preciso averiguar a relação de adequação, necessidade e razoabilidade entre o defeito do ato processual e a sanção de invalidade, que dele é consequência. No exame da gravidade do defeito, também é indispensável ponderar se a invalidação do ato/procedimento não seria medida por demais drástica e não-razoável. Na verdade, o princípio da proporcionalidade deve ser observado principalmente na própria análise do defeito.¹⁶³

Por meio do princípio da proporcionalidade, deve-se buscar um ponto de equilíbrio entre as garantias processuais do réu e a efetividade do processo penal, que, por seu turno, não deve se destinar a condenar ou absolver, mas a revelar a verdade dos fatos em tempo razoável e com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Dessa forma, impõe-se contrabalancear o interesse público no esclarecimento da verdade e na sanção à conduta criminosa com os direitos fundamentais do acusado, “preservando-se seu núcleo essencial, mas sem revesti-lhes de um manto de impenetrável santidade”.¹⁶⁴ Saliente-se, por oportuno, que o contraditório e a ampla defesa não são direitos intocáveis, absolutos,¹⁶⁵ e “alguns ‘arranhões’ às prerrogativas defensivas não importam necessariamente em invalidades”.¹⁶⁶

Nessa esteira, acertadamente se posicionou Gisele Góes, ao advertir que:

O juiz que exerce o raciocínio decalcado no princípio da proporcionalidade sempre tentará salvar atos processuais praticados, exercitando os princípios mencionados, pois proferirá juízo de ponderação, para atingir o equilíbrio, com fulcro na

¹⁶³ DIDIER JR., *op. cit.*, p. 269.

¹⁶⁴ CABRAL, *op. cit.* nota 150, p. 402.

¹⁶⁵ A fase investigativa é um exemplo disso. O princípio constitucional do contraditório é mitigado, restringido, durante o inquérito policial.

¹⁶⁶ É o que pode ser inferido do teor do enunciado de súmula nº 523 do STF: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova do prejuízo para o réu”.

necessidade, adequação e menores ônus para o processo quanto ao caminho escolhido, afastando-se os excessos.¹⁶⁷

Assim, podemos concluir que a eficiência processual e o seu balanceamento com as garantias processuais do acusado constitui a tendência atual do processo penal. Nada, nem mesmo o direito à ampla defesa e ao contraditório, deve ser exaltado ao ponto de impedir o normal conduzimento da marcha processual dentro dos padrões normativos da ética processual. É o que veremos, também, no item 4.4.6 deste capítulo.

Por fim, é correto afirmar que não pode o processo penal caminhar dissociado dos valores humanos envolvidos nas lides que o materializam. “Não há outro interesse público mais alto para o processo do que o de cumprir tal destinação de veículo, de instrumento de integração da ordem jurídica mediante a concretização imperativa do direito material”.¹⁶⁸

4.4.3 A equivocada compreensão do prejuízo

Na doutrina, costuma-se afirmar que o princípio do prejuízo não se aplica às nulidades ditas absoluta, porque, nesses casos, o prejuízo seria presumido e, sendo assim, desnecessária seria a sua demonstração¹⁶⁹, devendo ela ser reconhecida tão logo seja cabível¹⁷⁰.

Há até quem entenda que a máxima *pas de nullité sans grief* não tem efetiva aplicação no âmbito do processo penal, como podemos inferir da análise do acórdão que se segue:

Não cabe perquirir o mérito da prova viciada, para verificação de sua influência na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa. No que tange à liberdade dos homens, os fins não justificam os meios. Realmente, em que pese o disposto no art. 566 da lei processual, não é possível a apreciação, preliminarmente, do conteúdo de um ato processual, para, depois, decidir de sua nulidade. Em tese, todos os meios probatórios são importantes e, se previstos em lei, não poderão ser denegados aos acusados, sob pena de cerceamento ilegal e injustificado de sua defesa. Não cabe ao julgador dizer, de antemão, se tal depoimento é ou não importante, se uma determinada testemunha é ou não concludente, ou ainda, se convenientemente provocada por arguto defensor, poderia esclarecer, ou não, mais fatos além daquele que relatou. A regra *pas de nullité sans grief*, na verdade, dificilmente poderá ser invocada no processo penal. O processo penal é evidentemente formalístico. *Aí la forme importe le fond*. E isso porque as formalidades legais, em última análise, são os meios escolhidos e impostos imperativamente pelo Estado como aqueles que melhor atendem à elucidação da verdade e à garantia da defesa dos acusados (Cs. Conjs., rel. Des. Francis Davis, v.u., RT 371/46).¹⁷¹

¹⁶⁷ *Apud* DIDIER JR., *op. cit.*, p. 269.

¹⁶⁸ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1.0079.07.367613-6/001**. 6ª Câmara Cível. Rel. Des. Antônio Sérulo, J. 19.08.2008. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 20.11.2011.

¹⁶⁹ CAPEZ, *op. cit.*, p. 631; CUNHA; PINTO, *op. cit.*, p. 188.

¹⁷⁰ NUCCI, *op. cit.* nota 58, p. 826.

¹⁷¹ *Apud* FERNANDES; FERNANDES, *op. cit.*, p. 26.

Discordamos de tais posicionamentos. A ideia de presunção de prejuízo no que atine às nulidades ditas absolutas já se encontra, por demais, ultrapassada, bem como a dicotomia nulidade absoluta e nulidade relativa com base nesse critério. Em todos os casos e de forma a garantir a efetividade da prestação jurisdicional, nada mais correto do que afirmar que, para que haja a invalidação de um ato processual, o prejuízo há de ser comprovado concretamente. Por conseguinte, como veremos no tópico 4.5, pesará sobre o magistrado o ônus argumentativo de demonstrar o real prejuízo sofrido pela acusação ou pela defesa, a depender do caso, por ocasião da decisão por meio da qual venha a determinar a nulidade de ato processual.

Aliás, a própria Exposição de Motivos do Código de Processo Penal ressalta que “o projeto é infenso ao excessivo rigorismo formal, que dá ensejo, atualmente, à infundável série das nulidades processuais”, além de que “é consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou a defesa” e que “não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial” (XVII).

É certo que a caracterização do prejuízo é muito debatida na doutrina, sendo difícil encontrar algum consenso entre os critérios identificadores da existência de dano a qualquer das partes. Doutrina e jurisprudência associam, quase sempre, a ideia de prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa, visto ser comum a invalidação decorrente de “cerceamento de defesa”. E, frequentemente, os tribunais identificam algum “prejuízo”, sem sequer atentar para a ligação existente entre o “dano” apontado e os atos processuais em cadeia. Registre-se o que diz o renomado doutrinador Antônio do Passo Cabral a esse respeito:

Exemplo maior na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal foi a edição da súmula vinculante sobre o uso abusivo de algemas. No tribunal do júri, o ingresso ou permanência do preso com algemas pode realmente interferir no resultado do processo, já que os jurados leigos podem deixar-se impressionar pela suposta periculosidade do réu, intuída de um simples estereótipo. Mas o STF ampliou a discussão de um caso a todos os decretos prisionais (não apenas aqueles do tribunal do júri). Ora, se houver excesso ou abuso no cumprimento de um mandado de prisão, este fato não significa que a decisão que determinou a custódia prisional possua algum defeito formal. Se algum “prejuízo” houve, o dano poderia atingir a imagem do réu, merecendo reparação devida; mas certamente não há qualquer prejuízo processual à defesa quando o processo corre perante o juiz togado.¹⁷²

¹⁷² CABRAL, *op. cit.* nota 1, p. 393.

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes citam um exemplo de nulidade absoluta que, segundo eles, não necessita da demonstração de prejuízo, a saber: “pense-se, por exemplo, na falta de citação (art. 564, III, *e*, primeira parte, do CPP); se o réu não é chamado ao processo, não comparece, não apresenta defesa, não produz provas etc., claro está o prejuízo ao contraditório, sendo ociosa qualquer tentativa de demonstração”.¹⁷³

No exemplo supracitado, imaginemos que, apesar de não ter havido citação, o Ministério Público não logre êxito em provar a existência do fato descrito na exordial acusatória. Nesse caso, a absolvição é medida imperativa, devendo ser requerida pelo órgão acusatório. Destarte, absolvido o réu pela inexistência material do fato, qual o prejuízo que ele sofreu? Nenhum. Entender que o processo deveria ser nulo *ab initio* é violar os princípios da razoável duração do processo, da economia processual, da instrumentalidade das formas, dando à formalidade prescrita em lei um caráter de fim em si mesmo e não de meio para se tutelar o fim do processo, que é a tutela do direito material.

Por várias razões, dentre as quais o princípio da proporcionalidade, da razoável duração do processo, da busca da verdade real, da instrumentalidade das formas, da efetividade, não se deve proclamar uma nulidade, caso não advenha qualquer prejuízo concreto. Já dizia Inocêncio Borges da Rosa que:

(...) quando ditos litigantes conseguiam, afinal, ver vitoriosas as suas pretensões e reconhecidos os seus direitos, a vitória lhes tinha custado tão cara que as despesas, as delongas e os incômodos do processo anulavam as vantagens do ganho da causa. Em geral, tais despesas excessivas, delongas e incômodos provinham, principalmente, de frequentes decretações de nulidade de parte ou de todo o processo. Estas, mais do que outras causas de origem diversa, deram nascença ao conselho da sabedoria prática: “mas vale um mau acordo do que uma boa demanda”. As frequentes decretações de nulidade, em consequência de não terem sido seguidas, ao pé da letra da lei, as formalidades, quer substanciais, quer secundárias, por elas prescritas, para a regularidade dos atos forenses, tornavam os processos morosos, complicados e caros. Compreendendo a extensão destes malefícios, surgiu já em 1667, com a ordenação de Tolosa, um primeiro protesto contra a decretação de nulidades (...) expresso na máxima: “pas de nullité sans grief”, não há nulidade quando não há prejuízo.¹⁷⁴

Florêncio de Abreu, invocando o que restou exposto por Mortara, lembra que:

(...) esse desejava ter a voz e autoridade que lhe permitissem advertir legisladores e magistrados de que não é justa, nem oportuna, a sanção de nulidade quando não venha a reparar violação de direito efetivamente verificada, e não apenas

¹⁷³ GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, *op. cit.*, p. 26.

¹⁷⁴ *Apud* NUCCI, *op. cit.* nota 58, p. 826.

platonicamente suspeita. Se isso ocorresse, talvez, em casos somente excepcionais, o juiz decretaria a nulidade quando nas omissões e violações específicas de formas processuais ficasse plenamente demonstrado que essas tivessem positivamente lesado direito da parte que as arguiu.¹⁷⁵

O prejuízo há de ser provado em cada caso concreto, não sendo, por essa razão, possível presumi-lo. Assim, para que um ato processual seja declarado nulo, é necessário que haja, entre a sua imperfeição ou atipicidade e o prejuízo à parte, um nexo efetivo, de sorte que, se a despeito da atipicidade o ato tiver atingido o fim almejado, sem acarretar um prejuízo concreto, supera-se a nulidade e convalida-se o ato, ainda que se trate de formalidade que constitua elemento essencial do ato. A decretação de imprestabilidade do ato processual ou mesmo do processo tem que ser observada do ponto de vista de utilidade prática e jamais teórica. A propósito, Antônio do Passo Cabral preleciona que:

Não podemos ficar atrelados a uma concepção privatista do prejuízo, concepção que foi, é verdade, o berço do princípio, mas que não cabe no processo contemporâneo. Assim, descabem presunções de prejuízo, geralmente baseadas na mera alegação da parte de que houve algum dano à defesa.¹⁷⁶

Corroborando o que aqui se defende, Paulo Rangel, segundo o qual mesmo no caso de nulidade tida como absoluta, há que se perquirir o prejuízo sofrido pela prática do ato em desconformidade com a lei:

(...) o processo deve ser visto como instrumento de que se vale o Estado, através da manifestação das partes (ação e defesa), para se atingir a solução do caso penal, não sendo, portanto, um fim em si mesmo. Assim, se não obstante a lei dispuser que um ato processual deva ser praticado de uma forma, não admitindo sanatória, se não o for e não houver prejuízo para as partes, não há que se declarar nulo o processo a partir da prática deste ato. Os princípios da celeridade e da economia processual impedem que o processo seja renovado ou retificado diante de um ato imperfeito que não trouxe prejuízo para as partes.¹⁷⁷

Acertadamente, Ada P. Grinover, Antônio Magalhães G. Filho e Antônio Scarance Fernandes aduziram que:

A decretação de nulidade implica perda da atividade processual já realizada, transtornos ao juiz e às partes e demora na prestação jurisdicional almejada, não sendo razoável, dessa forma, que a simples possibilidade de prejuízo dê lugar à

¹⁷⁵ *Apud* MOSSIN, *op. cit.*, p. 8.

¹⁷⁶ CABRAL, *op. cit.* nota 1, p. 394.

¹⁷⁷ RANGEL, *op. cit.*, p. 769.

aplicação da sanção; o dano deve ser concreto e efetivamente demonstrado em cada situação.¹⁷⁸

Outrossim, Fredie Didier Jr. reforça que independentemente da gravidade do defeito, só poderá ser decretada a sanção de invalidade processual caso seja verificada a existência de prejuízo, pois sem a presença de dano não se justifica a configuração do estado de invalidade.¹⁷⁹

E ensina Mossin: “a lei, indubitavelmente, não pode e nem deve curvar-se aos caprichos das partes e do próprio magistrado, uma vez que tem ela por escopo um fim maior, que é a tutela dos interesses coletivos”.¹⁸⁰

4.4.4 A instrumentalidade das formas como princípio processual reitor

Na teoria geral do processo, costuma-se dizer que o processo é meio, e não um fim em si mesmo, o que não deixa de ser verdadeiro em relação ao direito processual penal. Segundo o princípio da instrumentalidade das formas, também conhecido como princípio da finalidade, a forma não deve ser considerada um fim em si mesma, ou uma barreira insuperável, visto que o processo deve ser compreendido como um meio para se solucionar conflitos de interesse, e não como um complexo de formalidades inflexíveis.

Como ensina Aury Lopes Jr., “a instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência”.¹⁸¹ O princípio da instrumentalidade das formas informa exatamente a função atribuída às formas previstas na lei: a função de meio, de instrumento.

José Roberto dos Santos Bedaque ressalta a tendência contemporânea em que o eixo de estudo do direito processual segue a perspectiva teleológica que, segundo o autor, diz respeito ao “terceiro momento metodológico do direito processual, caracterizado pela consciência da instrumentalidade como importantíssimo polo de irradiação de ideias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções”.¹⁸²

A instrumentalidade moderna não despreza as formas processuais. Muito pelo contrário. Como ensina Antônio do Passo Cabral, aqui se trata de preservar as formalidades,

¹⁷⁸ GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, *op. cit.*, p. 26.

¹⁷⁹ DIDIER JR., *op. cit.*, p. 261.

¹⁸⁰ MOSSIN, *op. cit.*, p. 82.

¹⁸¹ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 11.

¹⁸² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade Processual e Instrumentalidade do Processo. **Revista de Processo**. n. 60. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 31.

mas, também, de evitar a anulação sem propósito.¹⁸³ A sanção de nulidade só teria lugar quando a finalidade de cada ato e a efetiva defesa dos interesses visados pelo processo fossem prejudicadas pela irregularidade. Como dito, o ato imperfeito, mesmo viciado, pode alcançar sua destinação.

Nesse panorama instrumentalista do processo penal, o magistrado realiza uma dupla operação ao analisar a necessidade de invalidação de um ato. É o que pontifica Antônio do Passo Cabral, *in verbis*:

Primeiramente, examina o binômio *perfeição-eficácia*: compara as formas previstas na lei (o modelo normativo) com aquelas observadas quando da prática do ato processual (o suporte fático). Se concluir pela perfeição formal, considera-se válido e eficaz o ato praticado. Se houver atipicidade, isto é, desrespeito à forma, não se segue automaticamente a decretação da invalidade, devendo o magistrado prosseguir à segunda etapa do raciocínio judicial: a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas. A imperfeição do ato não é, portanto, suficiente para a invalidação.¹⁸⁴

Pois bem. Não defendemos aqui o afastamento das formalidades, mas a sua redução em nome do finalismo. As formas existem em função de garantirem-se os direitos em juízo, e é esse o verdadeiro objetivo do processo. É de clarividência insofismável que o predito formalismo não pode ser rígido ao ponto de sobrepor-se ao próprio conteúdo e finalidade do processo, pois este deve atuar como instrumento realizador da *iurisdictio*.

4.4.5 A cooperação como forma de evitar vícios/nulidades processuais

Como já explanado no capítulo 3, o princípio da cooperação ressalta o papel dos sujeitos processuais como agentes colaboradores, ou seja, não apenas como detentores de direitos, mas também de deveres perante os demais. No que pertine à atuação do juiz, o princípio informa que este não deve mais agir como mero fiscal da lei, mas que passe a atuar como participante ativo do contraditório, tudo em busca da verdade real.

Destarte, o princípio da cooperação atribui ao juiz o dever de adotar uma postura de diálogo entre as partes, esclarecendo suas dúvidas, pedindo esclarecimentos quando ele próprio estiver com dúvidas e, ainda, prestando as orientações necessárias, quando for o caso.

O princípio da cooperação e o da boa-fé processual estão intimamente interligados. É o que podemos inferir dos ensinamentos de Antônio do Passo Cabral:

¹⁸³ CABRAL, *op. cit.* nota 1, p. 402.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 382.

Os deveres processuais constituem um *minimum* de limitações ao exercício da *actio*, e podem ser legitimamente exigidos pelo juiz, e nem mesmo a ampla defesa impede que o magistrado conduza a marcha processual dentro dos padrões normativos da ética processual. Trata-se das faculdades processuais do juiz na direção formal do processo, e dentre elas as faculdades coercitivas, que justificam a aplicação de consequências jurídicas (como a inadmissibilidade de atos incompatíveis) para comportamentos processuais antiéticos.¹⁸⁵

Todo o assunto referente ao sistema de nulidades processuais penais deverá ser guiado pela necessidade de preservação dos interesses tutelados pela jurisdição penal, aferidos, estes, a partir da atuação de cada um dos sujeitos do processo no seu regular desenvolvimento.

Nessa esteira, o doutrinador retro citado acrescenta que:

(...) a organização estrutural das interações subjetivas que compõem o contraditório no processo reforça o papel das partes e demais sujeitos, repartindo de forma equânime poder e influência. Assim, o formalismo atual é a ‘influência formalizada’, a estruturação de um procedimento discursivo cujos arranjos permitam a organização democrática do conflito, em reflexividade e consideração de todos os sujeitos envolvidos.¹⁸⁶

O processo deve ser fruto de uma atividade cooperativa, em que o juiz, ao estabelecer um diálogo entre as partes, esclarece suas dúvidas, presta esclarecimento quando àquelas tiverem dúvidas e, quando for o caso, orienta, tudo isso em prol do objetivo comum, que é a prolação da sentença final. A obediência a esse princípio dificulta ou, até mesmo, impede o nascimento de vícios nos atos processuais, como também, a nulificação caso estes já existam. Isso se verifica, principalmente, quando o magistrado cumpre o seu dever de prevenção. Sobre o assunto, são precisas as lições de Fredie Didier Jr.:

Essa manifestação revela-se com muita facilidade quando o magistrado cumpre o seu dever de prevenção, que lhe impõe a conduta de advertir às partes sobre os defeitos de seus atos, dando-lhes prazo para a correção do defeito e indicando o modo com o defeito deva ser sanado.¹⁸⁷

Assim, por exemplo, em vez do uso da fórmula mecânica “recebo a denúncia”, deve o juiz analisar se essa peça postulatória preenche as condições genéricas e específicas da ação, aliado que seja aos pressupostos processuais, e também se existe justa causa para a ação penal. Com esse comportamento, praticamente desapareceriam as nulidades quanto à inépcia da inicial acusatória, que tem sido fonte bastante significativa no que diz respeito ao número de nulidades. Outro exemplo, no que tange ao procedimento especial do júri, que, como

¹⁸⁵ CABRAL, *op. cit.* nota 1, p. 402.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 385-386.

¹⁸⁷ DIDIER JR., *op. cit.*, p. 269.

sabemos, é de onde se originam um grande número de nulidades que são arguidas em grau recursal, consiste no dever de melhor acuidade do magistrado no que diz respeito à elaboração dos quesitos para serem votados pelo tribunal popular, fazendo-os de forma completa e clara, sem causar perplexidade àqueles que os apreciarão, aliado que seja à sua correta colocação na ordem de votação. Dessa forma, não podemos conceber que ocorra vício processual por falta de confecção ou de votação de questão indispensável ou obrigatória.

Portanto, podemos concluir que ao magistrado, como decorrência do seu dever de prevenção e de orientação, cumpre não admitir a formação de um processo plenamente irregular, incompatível como o direito; de outro lado, em virtude do princípio da finalidade, cumpre, principalmente, o controle de qualidade do processo para que este atinja seu escopo essencial, que é a concretização do direito material, “com isso atendendo não só aos reclamos da Justiça, que se concentra no *ius puniendi* estatal, bem como a pretensão das partes que se digladiam na instância penal”.¹⁸⁸

4.4.6 A boa-fé e sua aplicação ao processo penal

A boa-fé processual informa que não é justo um processo pautado em condutas antiéticas. A proteção à boa-fé processual é medida de interesse público.

Como dissemos no item anterior, este princípio está intimamente relacionado ao princípio da cooperação. Nesse sentido, as lições de Fredie Didier Jr.:

Uma das situações jurídicas criadas a partir do princípio da boa-fé objetiva é o dever de cooperação entre os sujeitos do processo. A importância deste dever é, atualmente, tão grande, que convém separar o seu estudo, dando-lhe um item próprio, que é o seguinte: o princípio da cooperação.¹⁸⁹

Como vimos, certos setores doutrinários apregoam que os cânones da boa-fé processual não têm aplicação no processo penal.¹⁹⁰ Não concordamos com esse entendimento.

Somos adeptos do posicionamento explanado por Antônio do Passo Cabral, segundo o qual a boa-fé não é alheia ao processo penal, ainda que aqui seja mais restrito seu âmbito de aplicação.¹⁹¹ Prossegue o doutrinador, afirmando que:

¹⁸⁸ MOSSIN, *op. cit.*, p. 17.

¹⁸⁹ DIDIER JR., *op. cit.*, p. 46.

¹⁹⁰ GRECO, *op. cit.*, p. 29 e ss; TARUFO, Michele *apud* CABRAL, *op. cit.* nota 1, p. 382.

¹⁹¹ CABRAL, *op. cit.* nota 1, p. 399.

Se o réu não é obrigado a produzir provas contra si mesmo e não pode ser compelido a responder perguntas ou exibir documentos, por exemplo, não podemos enxergar um ordenamento jurídico que autorize um verdadeiro “vale tudo” para a defesa. Como imaginar que o réu e seu advogado possam violar provas sem fazer letra morta de diversos crimes contra a administração da justiça (por exemplo, entre outros, os arts. 343, 344, 346, 347, 356, todos do CP)?¹⁹²

Destarte, a aplicação do princípio da boa-fé objetiva ao processo penal é medida que se faz imperativa como forma de inibir a proliferação de condutas ilícitas, inclusive, por parte da defesa, visto que o processo não deve se constituir num “jogo desleal”. A prática vem nos mostrando que, não raras as vezes, a defesa tenta, de qualquer maneira, se utilizando de mecanismos antiéticos, anular todo o processo na busca incessante de que o procedimento retorne à fases anteriores e, ao final, seja declarada a extinção da punibilidade do réu em virtude da prescrição.

Visualizando um vício, a defesa deve impugná-lo imediatamente, ou até a prática do seu próximo ato postulatório, no máximo. Caso contrário, pode restar configurada omissão legítima que, nas palavras de Antônio do Passo Cabral, “sinaliza para a vontade inequívoca de não recorrer, de conformar-se com o defeito e prosseguir na cadeia de atos processuais, tornando preclusas as alegações de nulidades posteriores”.¹⁹³ O processo penal não pode se prestar a semelhantes manobras estratégicas, de esperteza e capciosa habilidade, manobras que viriam pôr abaixo seus fins.

Dentro desse cenário, não pode o juiz permitir que o processo se transforme num jogo desleal e que, por conseguinte, o escopo principal do processo – a busca da verdade real-, venha a ser diferido por condutas como estas. Boa-fé e colaboração importam que, se houver silêncio proposital em alegar um defeito formal, as alegações tardias devem ser consideradas inadmissíveis, podendo, daí, se extrair preclusões lógicas. Nessa esteira, Antônio do Passo Cabral assevera que:

Não podemos assistir às omissões conscientes e intencionais, aguardando fases posteriores e, muitos anos depois do ato praticado e quiçá depois do trânsito em julgado, arguir o vício através de habeas corpus nos Tribunais Superiores. Como já dito, na teoria das nulidades, não há exceções no processo penal, em relação às preclusões para as partes, sob o argumento de que estaria ameaçada a liberdade.¹⁹⁴

Na atualidade, o devido processo legal deve forjar-se também num “devido processo leal” e, se por um lado, a ampla defesa deve ser enaltecida e preservada, de outro, como

¹⁹² CABRAL, *op. cit.* nota 1, p. 399.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 401.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 400.

salientou Giovanni Verde, o “sacrossanto direito de litigar” não pode se converter em abuso.¹⁹⁵

Ainda sobre o assunto, Antônio do Passo Cabral anota que:

(...) se o princípio de proteção da confiança legítima é uma posição jurídica que só pode ser invocada pelo particular, outras consequências da boa-fé como o *veniere contra factum proprium* aplicam-se também ao réu, protegendo a estabilidade daquela relação entre eles, pouco importando se estamos diante de relação entre particulares ou de uma relação pública com a relação processual. Tanto é verdadeiro que os cânones cooperativos e de boa-fé aplicam-se ao processo penal, que vemos inúmeros casos em que a colaboração entre acusação e defesa é estimulada mesmo na seara criminal. Ao redor do mundo, proliferam-se mecanismos como a delação premiada, com a concessão de incentivos, que variam de redução das penas ao perdão judicial, aos réus e investigados colaboradores.¹⁹⁶

Alguns exemplos ilustram o que aqui se defende. Se o réu manifesta que não deseja a transação penal, não pode, após, arguir qualquer nulidade por não lhe ter sido formulada a proposta; se o réu e seu advogados são perguntados, ao final da audiência de instrução e julgamento, se observaram algum defeito formal na mesma e a resposta é negativa, tornam preclusos quaisquer vícios que venham a ser arguidos posteriormente em *habeas corpus* ou recurso, ainda que estejamos diante de defeitos tidos tradicionalmente como de ordem pública.

Por fim, Anderson Schreiber pontifica que a solução, muitas vezes, vai ser a aplicação do princípio da proporcionalidade, de forma a ponderar, no caso concreto, “o interesse público existente por trás da nulidade e o interesse, também público, na tutela da confiança e da solidariedade social”.¹⁹⁷

4.5 ÔNUS ARGUMENTATIVO

O princípio da validade apriorística dos atos processuais, como dissemos, é uma preferência normativa e deve servir de norte para o juiz toda vez que este se deparar com um vício processual. Apenas analisando o caso concreto e excepcionalmente, essa premissa poderá ser invertida.

Assim, verificando no caso concreto que a nulidade do ato processual é medida que se impõe, pesará sobre o magistrado o ônus argumentativo em prol do interesse

¹⁹⁵ VERDE, Giovanni. *Le Ideologie del Processo in um Recente Saggio*. **Rivista de Diritto Processuale**. n. 3. 2002, p. 687.

¹⁹⁶ CABRAL, *op. cit.* nota 150, p. 358.

¹⁹⁷ *Apud* DIDIER JR., *op. cit.*, p. 271.

aprioristicamente protegido pelo legislador. É certo, portanto, que “o juiz deve ter ‘razões mais fortes’ para inverter, no caso concreto, a direção apontada pela norma”.¹⁹⁸

Podemos, então, afirmar que a preferência *prima facie* pela validade dos atos processuais força o magistrado a “superjustificar a invalidação” se este decidir pela nulificação do ato praticado em desconformidade com a lei¹⁹⁹, constituindo um peso em sentido contrário, contra o qual deve apontar o *decisum*. Nesse sentido, Antônio do Passo Cabral preleciona que:

A fundamentação da conclusão do juiz deve conter uma força oposta se pretender nulificar determinado ato e este esforço de justificação para inverter a prioridade normativa decorre do ônus argumentativo imposto pela preferência. O reforço dos deveres de fundamentação, além de imprimir maior racionalidade à decisão, aumenta o controle sobre as escolhas do magistrado na aplicação das formalidades da lei. Nos modernos Estados de Direito, há um direito ao controle das decisões estatais, para que o legítimo exercício do poder não se transforme, na liberdade ínsita aos espaços de flexibilização da lei, em arbítrio.²⁰⁰

Destarte, pesará sobre o magistrado um maior ônus de fundamentação se, por ventura, decidir pela nulidade do ato processual. Dessa forma, reduz-se o campo das discricionariedades e o risco de arbítrio que, por sua vez, podem ocorrer com mais facilidade no uso de conceitos vagos e sem cientificidade na decisão de nulificação. Decisões com baixa profundidade teórica não se adequam ao postulado aqui defendido.

Todavia, é comum ver acórdãos proferidos pelos tribunais de justiça dando maior relevo às formalidades, pronunciando nulidade a todo instante, na maioria das vezes, sem critérios seguros, baseados em fórmulas vagas e frases puramente retóricas, o que podemos verificar com o uso banalizado da expressão “prejuízo”, a mera afirmação de que “os meios devem servir aos fins” ou com o uso do abstrato “cerceamento de defesa”.

Desta forma, o ônus argumentativo permite às partes do processo testar a conclusão judicial na verificação da atipicidade, num controle operado pela motivação das decisões, esta assegurada constitucionalmente no art. 93, IX, da Carta Magna vigente. Além disso, assegura a aplicação do princípio da cooperação no processo penal, pois, nas palavras de Antônio do Passo Cabral, garante a “participação inclusiva das partes”, “integrando os sujeitos do processo no debate, não mais compreendidos como destinatários calados de um esforço solitário e autoritariamente descontrolado”.²⁰¹

¹⁹⁸ CABRAL, *op. cit.* nota 1, p. 388.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 391.

²⁰⁰ *Loc. cit.*

²⁰¹ *Ibid.*, p. 389.

4.6 RECENTES EXEMPLOS JURISPRUDENCIAIS DE RELATIVIZAÇÃO DAS NULIDADES NO PROCESSO PENAL

A relativização das nulidades processuais penais vem conquistando, embora timidamente, espaço nas recentes jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. A tendência verificada vem sendo a de se considerar nulidade relativa aquelas tidas tradicionalmente como absolutas pela doutrina, como também, a de não se apegar a fórmulas sacramentais, deixando os tribunais de decretar a eiva da nulidade quando o ato acaba atingindo a sua finalidade. É o que veremos a seguir.

O Superior Tribunal de Justiça, em recentes julgados, tem pioneiramente questionado o apego irrestrito às formas, demonstrando uma intensa preocupação com outros valores também envolvidos no processo penal. É o que podemos inferir do seguinte fragmento de ementa de acórdão, *in verbis*:

Somente sob a visão estritamente individualista e rigorosamente clássica do Processo Penal, se poderá afirmar que os macro-valores sociais devam ser subjugados a interesses individuais, sem dúvida legítimos, eis que se trata de elementos axiológicos estruturantes da própria vida social, a que o Direito tem que dar efetividade; o garantismo individual não há de chegar ao ponto de desproteger os superiores interesses coletivos.²⁰²

Ainda, reafirmando o enunciado de súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que a deficiência de defesa só gera nulidade quando o prejuízo ficar demonstrado concretamente. É o que acontece em casos de inquirição de testemunhas em audiência, na ausência do réu, todavia, tendo a defesa sido plenamente exercida pelo advogado, que, por sua vez, estava presente. Senão, vejamos:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NULIDADE PROCESSUAL. AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DO RÉU. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. DEFESA EXERCIDA PELA PRESENÇA DO ADVOGADO CONSTITUÍDO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA. 1. Não há falar em violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, pela ausência do réu na audiência de inquirição das testemunhas, uma vez que exercida de maneira plena pelo advogado regularmente constituído presente ao ato processual. 2. A anulação do processo, em face da ausência do réu na inquirição de testemunhas, depende da comprovação de prejuízo causado à defesa, por se tratar de nulidade relativa. 3. "No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se

²⁰² BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 106742-SP**. 5ª Turma. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. J. 23.06.2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 21.11.2011.

houver prova de prejuízo para o réu" (Verbete sumular 523/STF). 4. Ordem denegada.²⁰³

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. NULIDADE PROCESSUAL. AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DO RÉU. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO-OCORRÊNCIA. DEFESA EXERCIDA PELA PRESENÇA DO ADVOGADO CONSTITUÍDO. PREJUÍZO NÃO-DEMONSTRADO. FURTO PRIVILEGIADO. INCOMPATIBILIDADE COM O FURTO QUALIFICADO. REGIME INICIAL SEMIABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA IMPOSTA. PRETENSÃO AO ABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA. 1. Não há falar em violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, pela ausência do réu na audiência de inquirição das testemunhas, uma vez que exercida de maneira plena pelo advogado regularmente constituído presente ao ato processual. 2. A anulação do processo, em face da ausência do réu na inquirição de testemunhas, depende da comprovação de prejuízo causado à defesa, por se tratar de nulidade relativa. 3. É firme a orientação deste Tribunal no sentido de que, para a incidência do privilégio inscrito no § 2º do art. 155 do Código Penal, é imperativo não incidir, à espécie, nenhuma das hipóteses qualificadoras do crime de furto, em que prevalece o desvalor da ação. 4. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, em razão de serem desfavoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do referido diploma legal, a imposição de regime prisional mais gravoso não configura constrangimento ilegal. 5. Ordem denegada.²⁰⁴

Outra aplicação importante dessa tendência flexibilizadora das nulidades diz respeito à inépcia da denúncia, em virtude do não preenchimento dos requisitos dispostos no art. 41 do Código de Processo Penal²⁰⁵. A doutrina tem se posicionado no sentido de que a inépcia da exordial acusatória é causa de nulidade absoluta, podendo ser arguida em qualquer tempo e grau de jurisdição.²⁰⁶ Todavia, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo que a oportunidade de alegação de inépcia da denúncia exaure-se com a prolação da sentença, estando, assim, sujeita ao instituto da preclusão:

HABEAS-CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. ALEGAÇÕES DE: NULIDADE DA AÇÃO PENAL, INÉPCIA DA DENÚNCIA, FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO, INCLUSIVE QUANTO À PENA APLICADA, INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO E FALTA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. 1. Não é nula a ação penal, pela não realização de exame de dependência toxicológica de réu que se declara viciado em uso de drogas, estando a matéria preclusa; ademais, o Judiciário não se defrontou com quadro capaz de motivar a determinação do exame. 2. A inépcia da denúncia deve

²⁰³ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 79080-SP**. 5ª Turma. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. J. 21.02.2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 21.11.2011.

²⁰⁴ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 127082-MG**. 5ª Turma. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. J. 17.11.2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 21.11.2011.

²⁰⁵ Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todos as circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

²⁰⁶ GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, *op. cit.*, p. 91.

ser arguida até as alegações finais, dado que, após esta fase, a impugnação deve ser dirigida contra a sentença ou o acórdão, os quais absorvem eventuais vícios nela contidos. 3. A decisão impugnada está devidamente fundamentada, inclusive quanto à exasperação da pena. 4. Não cabe reexame de provas em habeas-corpus, tendo em vista o seu rito especial e sumário. 5. A pena deve ser individualizada para cada um dos coréus, pois a aplicação de uma única pena, extensiva a todos eles, contraria o que dispõe o art. 59 do Código Penal e o art. 5º, XLVI, da Constituição. 6. Habeas-corpus conhecido e deferido, em parte, para, mantida a condenação, determinar que o Tribunal coator prossiga no julgamento da apelação, individualizando e fundamentando a pena aplicada ao paciente. 7. Habeas-corpus concedido de ofício, nos mesmos limites, aos demais coréus.²⁰⁷

HABEAS CORPUS. 1. A oportunidade de alegação da inépcia da denúncia exaure-se com a prolação da sentença condenatória. Precedentes do STF. 2. Falta de justa causa, por não demonstrado o dolo específico do crime de prevaricação (art. 319, do CPM). Conduta atípica. Circunstância que exige o exame aprofundado dos fatos e de sua prova, incompatível com a via estreita do HABEAS CORPUS. Concluído o processo penal, o meio processual adequado para isso e a revisão criminal. Ordem denegada.²⁰⁸

Recurso em habeas corpus. Processual penal. Homicídio qualificado. Inépcia da denúncia e vício de quesitação. Nulidade. Inocorrência. Preclusão. Hipótese, ademais, a implicar a necessidade de reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Ordem denegada. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal é no sentido de que a questão da inépcia da denúncia está coberta pela preclusão quando, como na espécie, venha a ser aventada após a sentença penal condenatória, o que somente não ocorre quando a sentença vem a ser proferida na pendência de habeas corpus já em curso. Precedentes. 2. A denúncia preenche, ademais, de forma suficiente, todos os requisitos do art. 41, do Código de Processo Penal, embora não seja exaustiva, o que, entretanto, não configura nulidade. 3. A impugnação a quesito deve ocorrer na oportunidade revelada pelo artigo 571 do Código de Processo Penal. Precedentes. 4. Tese defensiva (negativa de autoria decorrente de sua ausência no local onde foi cometido o crime) que se encontra subsumida no primeiro quesito obrigatório formulado pelo MM. Juiz Presidente do Tribunal do Júri, cuja resposta eventualmente negativa por parte do Conselho de Sentença importaria na absolvição do réu. 5. Ordem denegada.²⁰⁹

Da mesma forma, os tribunais superiores, mesmo reconhecendo que há nulidade absoluta dos atos processuais feitos sem a intimação pessoal do defensor dativo, vêm decidindo que, nesses casos, a falha deve ser arguida oportunamente, sob pena de preclusão:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. DEFENSOR DATIVO. FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL PARA O JULGAMENTO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. EXCEPCIONALIDADE DO CASO. POSTERIOR CIÊNCIA PESSOAL DO ACÓRDÃO. SILÊNCIO DE DOIS ANOS SEM QUALQUER IMPUGNAÇÃO. NULIDADE. NÃO RECONHECIMENTO. ORDEM DENEGADA. 1. A falta de intimação pessoal do defensor público da data

²⁰⁷ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 73987-RJ**. 2ª Turma. Rel. Min. Maurício Correa. J. 11.03.1997. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 21.11.2011.

²⁰⁸ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 68934-RJ**. 2ª Turma. Rel. Min. Célio Borja. J. 05.11.1991. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 21.11.2011.

²⁰⁹ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **RHC nº 99787-RJ**. 1ª Turma. Rel. Min. Dias Toffoli. J. 14.09.2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 21.11.2011.

da sessão de julgamento de recurso em sentido estrito é causa de nulidade por cerceamento de defesa, a teor do disposto no artigo 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/1950. Precedentes. 2. Contudo, não é de reconhecer referida nulidade em casos excepcionais, como no presente, em que houve a intimação pessoal de defensor dativo do acórdão, sem qualquer irresignação da defesa, que somente após 2 anos impetra o presente writ, tornando, assim, preclusa a matéria. 3. Habeas corpus denegado.²¹⁰

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR DATIVO PARA A SESSÃO DE JULGAMENTO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO E DA APELAÇÃO CRIMINAL. INTIMAÇÃO PESSOAL DAS CONCLUSÕES DOS RESPECTIVOS ACÓRDÃOS. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. INSURGÊNCIA APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DO ÉDITO CONDENATÓRIO. PRECLUSÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Conforme pacífica orientação deste Superior Tribunal de Justiça, a falta de intimação pessoal do defensor público ou dativo da data do julgamento de recurso consubstancia nulidade processual, que mitiga o exercício do direito de defesa do réu. 2. Todavia, "Tendo sido a defesa intimada pessoalmente do acórdão proferido no recurso de apelação e permitido, com sua inércia, o trânsito em julgado, é de ter-se por relativizada a nulidade antes absoluta [...]" (STF, HC 88.193/SP, 2.^a Turma, Rel. Min. EROS GRAU, DJ de 19/05/2006.) 3. Na hipótese dos autos, embora não tenha sido observada a prévia intimação do defensor dativo do Paciente da sessão de julgamento do recurso em sentido estrito e do recurso de apelação, o causídico foi intimado pessoalmente das conclusões dos respectivos acórdãos. Desse modo, permanecendo inerte a Defesa do Paciente para, somente após o trânsito em julgado do decisum, arguir a nulidade, é de se reconhecer a preclusão da matéria. 4. Ordem denegada.²¹¹

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. LESÃO CORPORAL. FATOS OCORRIDOS EM 1996. APELAÇÃO. SESSÃO DE JULGAMENTO REALIZADA SEM A INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. INSURGÊNCIA DEDUZIDA QUASE NOVE ANOS DEPOIS DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. IRREGULARIDADE CONVALIDADA. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. 1. Muito embora esta Corte tenha, de fato, o entendimento de que a falta de intimação pessoal do Defensor Dativo da data do julgamento do recurso de apelação implica nulidade processual, porquanto mitiga o direito de defesa do réu, a hipótese em tela sugere outra perspectiva, que, de igual modo, encontra guarida na jurisprudência desta Corte. 2. Considera-se convalidada a nulidade, em razão da inércia da Defesa que almeja a anulação do julgamento do apelo após o transcurso de quase nove anos do trânsito em julgado da condenação. 3. O silêncio da defesa, em decorrência do citado lapso temporal, torna preclusa a matéria. Precedentes dos Tribunais Superiores. 4. Habeas corpus denegado.²¹²

HABEAS CORPUS. DEFENSOR DATIVO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL QUANTO À DATA DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. PREJUÍZO POR FALTA DE SUSTENTAÇÃO ORAL. IMPROCEDÊNCIA. Ausência de intimação pessoal do defensor dativo quanto à inclusão em pauta do recurso de apelação. Intimação feita por meio da imprensa oficial. Nulidade absoluta, face à

²¹⁰ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 44837-SP**. 6.^a Turma. Rel. Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJCE). J. 22.08.2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 21.11.2011.

²¹¹ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 130191-SP**. 5.^a Turma. Rel. Min. Laurita Vaz. J. 21.09.2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 21.11.2011.

²¹² BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 85586-SP**. 5.^a Turma. Rel. Min. Laurita Vaz. J. 24.06.2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 21.11.2011.

ausência de sustentação oral. Relativização: Tendo sido a defesa intimada pessoalmente do acórdão proferido no recurso de apelação e permitido, com sua inércia, o trânsito em julgado, é de ter-se por relativizada a nulidade antes absoluta, sobretudo quando a arguição é feita cinco anos após a data em que a condenação tornou-se definitiva. Ordem denegada.²¹³

E nos casos em que há falha na formulação de quesitos no tribunal popular:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. NULIDADE DO JULGAMENTO. MÁ FORMULAÇÃO DE QUESITO. SILÊNCIO DA DEFESA TÉCNICA. PRECLUSÃO DA MATÉRIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. A elaboração dos quesitos é uma das fases processuais mais sensíveis da instituição do Júri. Isso porque, diante das variáveis que se materializam na trama dos crimes dolosos contra a vida -- tentativas, qualificadoras, causas de aumento e de diminuição de pena, concursos de agentes e outras mais --, condensá-las em quesitos precisos é uma tarefa árdua e não raras vezes ingrata. 2. Na concreta situação dos autos, logo se percebe que os quesitos retrataram as teses sustentadas pela acusação e pela defesa em Plenário. Tanto é assim que as partes anuíram à quesitação, conforme se depreende da ata de julgamento. Pelo que resulta confirmada a preclusão da matéria, nos exatos termos do inciso VIII do art. 571 do Código de Processo Penal. 3. Recurso desprovido.²¹⁴

No que tange à concessão de prazos processuais (art. 564, III, *e, in fine*, do CPP), a doutrina majoritária ensina que as formalidades atinentes à essa concessão são essenciais, “razão pela qual a sua falta importa nulidade absoluta”.²¹⁵ No entanto, o Supremo Tribunal Federal, acertadamente, vem assinalando que a falta de razões recursais não implica nulidade se o tribunal apreciou adequadamente o recurso:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE ACÓRDÃO NULO. FALTA DE OFERECIMENTO DAS RAZÕES RECURSAIS. JULGAMENTO DETALHADO E COMPLETO DA APELAÇÃO. IMPROVIMENTO. 1. O recurso ordinário sustenta a nulidade do julgamento do recurso de apelação, pelo Tribunal de Justiça, devido à circunstância da defesa técnica não haver apresentado as razões de apelação, nos termos do art. 600, § 4º, do Código de Processo Penal. 2. Nenhum ato processual será declarado nulo, se da nulidade não tiver resultado prejuízo para qualquer uma das partes (CPP, art. 563), conforme o brocardo “pas de nullité sans grief”. 3. Os aspectos a seguir indicados apontam para a ausência de prejuízo do paciente: a) o paciente tinha seus interesses representados por defensor constituído; b) houve regular intimação da defesa técnica para oferecimento das razões de apelação, nos termos do art. 600, § 4º, do Código de Processo Penal; c) o tribunal de justiça apreciou todas as hipóteses de cabimento de apelação contra sentença proferida com base no julgamento do tribunal do júri. 4. Levando em conta que a falta da apresentação das razões recursais não impediu que o Tribunal de Justiça apreciasse de forma detalhada e

²¹³ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 88193-SP**. 2ª Turma. Rel. Min. Eros Grau. J. 25.04.2006. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 21.11.2011.

²¹⁴ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 85160-SP**. 1ª Turma. Rel. Min. Carlos Brito. J. 17.03.2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 21.11.2011.

²¹⁵ TÁVORA; ALENCAR, *op. cit.*, p. 987.

completa a irresignação do paciente contra a sentença condenatória. 5. Recurso ordinário improvido.²¹⁶

Outro ponto importante de ser ressaltado diz respeito ao tratamento da incompetência absoluta do juízo (*ratione personae* ou *ratione materiae*) pela doutrina. O entendimento prevalente é o de que, nesse caso, nenhum ato processual pode ser aproveitado, nem os instrutórios, nem os decisórios, devendo todos serem refeitos no juízo competente.²¹⁷ Sobre o assunto, Eugênio Pacelli de Oliveira pontifica que, aqui, não se pode falar “em ratificação de quaisquer atos processuais, ainda que não decisórios, tratando-se, na verdade, de processo nulo desde o início”.²¹⁸ Entretanto, em consonância com o que aqui vem sendo proposto, das nulidades como medida excepcional, a partir do julgamento do *Habeas Corpus* nº 83006-SP, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu para admitir a possibilidade de ratificação, pelo juízo competente, inclusive, dos atos decisórios, mesmo quando proferidos por juízo absolutamente incompetente:

HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. RATIFICAÇÃO. PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. INQUÉRITO NO ÂMBITO DO STF. LEI Nº 8.038/90. 1. "Tanto a denúncia quanto o seu recebimento emanados de autoridades incompetentes *ratione materiae* são ratificáveis no juízo competente". Precedentes. 2. Caso em que a notificação para a apresentação de resposta (art. 4º da Lei nº 8.038/90), fase anterior ao julgamento em que o Tribunal deliberará pelo recebimento ou rejeição da denúncia (art. 6º da Lei nº 8.038/90), não permite se inferir que tenha o relator do inquérito ratificado o ato de recebimento da denúncia, exarado pelo juízo de origem. 3. Alegações formuladas a respeito da inépcia da denúncia que, além de demandarem o exame de provas, insuscetível de realização em sede de habeas corpus, inserem-se no âmbito da deliberação a ser realizado oportunamente pelo Tribunal em julgamento que está previsto no art. 6º da Lei nº 8.038/90. Ordem indeferida.²¹⁹

Habeas Corpus. 2. Crimes de Estelionato. 3. Alegações de: a) ausência de indícios de autoria e materialidade; b) falta de fundamentação da preventiva; c) violação ao princípio do juiz natural; e d) excesso de prazo da prisão preventiva. 4. Prejudicialidade parcial do pedido, o qual prossegue apenas com relação à alegada violação ao princípio do juiz natural. 5. Em princípio, a jurisprudência desta Corte entendia que, para os casos de incompetência absoluta, somente os atos decisórios seriam anulados. Sendo possível, portanto, a ratificação de atos não-decisórios. Precedentes citados: HC nº 71.278/PR, Rel. Min. Néri da Silveira, 2ª Turma, julgado em 31.10.1994, DJ de 27.09.1996 e RHC nº 72.962/GO, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, julgado em 12.09.1995, DJ de 20.10.1995. 6. Posteriormente, a partir do julgamento do HC nº 83.006-SP, Pleno, por maioria, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ

²¹⁶ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **RHC nº 91070-SE**. 2ª Turma. Rel. Min. Ellen Gracie. J. 25.09.2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 21.11.2011.

²¹⁷ GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, *op. cit.*, pp. 40 e ss.; TOVO; TOVO, *op. cit.*, p. 23; NUCCI, *op. cit.* nota 58, p. 833.

²¹⁸ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 764.

²¹⁹ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 83006-SP**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Ellen Gracie. J. 18.06.2003. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 21.11.2011.

29.08.2003, a jurisprudência do Tribunal evoluiu para admitir a possibilidade de ratificação pelo juízo competente inclusive quanto aos atos decisórios. 7. Declinada a competência pelo Juízo Estadual, o juízo de origem federal ao ratificar o sequestro de bens (medida determinada pela justiça comum), fez referência expressa a uma série de indícios plausíveis acerca da origem ilícita dos bens como a incompatibilidade do patrimônio do paciente em relação aos rendimentos declarados. 8. No decreto cautelar, ainda, a manifestação da Juíza da Vara Federal Criminal é expressa no sentido de que, da análise dos autos, há elementos de materialidade do crime e indícios de autoria. 9. Ordem indeferida.²²⁰

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL PENAL. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. ATOS DECISÓRIOS. POSSIBILIDADE DE RATIFICAÇÃO. 1. Este Tribunal fixara anteriormente entendimento no sentido de que, nos casos de incompetência absoluta, somente os atos decisórios seriam anulados, sendo possível a ratificação dos atos sem caráter decisório. Posteriormente, passou a admitir a possibilidade de ratificação inclusive dos atos decisórios. Precedentes. Agravo regimental a que se nega seguimento.²²¹

Ademais, no que toca ao comparecimento do Ministério Público ao interrogatório do réu, as jurisprudências dos tribunais superiores segue a tendência de considerar suficiente a sua intimação ao ato, mesmo que ele venha a se ausentar por ocasião desse ato processual:

1. AÇÃO PENAL. Interrogatório. Não comparecimento do representante do Ministério Público. Irrelevância. Nulidade só arguida em revisão criminal. Preclusão consumada. Inexistência, ademais, de prejuízo à defesa. Nulidade processual não reconhecida. Precedente. Argüida apenas após o trânsito em julgado da sentença condenatória, toda nulidade relativa é coberta pela preclusão. 2. AÇÃO PENAL. Condenação. Delito de roubo. Art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal. Pena. Majorante. Emprego de arma de fogo. Instrumento não apreendido nem periciado. Ausência de disparo. Dúvida sobre a lesividade. Ônus da prova que incumbia à acusação. Causa de aumento excluída. HC concedido para esse fim. Precedentes. Inteligência do art. 157, § 2º, I, do CP, e do art. 167 do CPP. Aplicação do art. 5º, LVII, da CF. Não se aplica a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, inc. I, do Código Penal, a título de emprego de arma de fogo, se esta não foi apreendida nem periciada, sem prova de disparo.²²²

No que pertine à existência de prejuízo para que haja invalidação, ao contrário do entendimento defendido por boa parte da doutrina, que entende que a sua comprovação, *in concreto*, só se faz necessária quando se tratar de nulidade relativa, as jurisprudências mais recentes dos tribunais superiores, por suas vezes, vêm entendendo da forma que aqui defendemos, ou seja, pela decretação de nulidade somente em caso de efetivo prejuízo, independentemente do fato de se tratar de nulidade relativa ou absoluta, impedindo, dessa

²²⁰ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 88262-SP**. 2ª Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 18.12.2006. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 21.11.2011.

²²¹ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 464894 AgR-PI**. 2ª Turma. Rel. Min. Eros Grau. J. 24.06.2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 21.11.2011.

²²² BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **HC nº 95142-RS**. 2ª Turma. Rel. Min. Cezar Peluso. J. 18.11.2008. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 21.11.2011.

forma, que o devido processo legal, não raras as vezes, seja utilizado como mero artifício ou manobra da defesa:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. PREJUDICADO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DE DEFENSOR CONSTITUÍDO. ENDEREÇO NÃO FORNECIDO PELO RÉU. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. DEFESA EXERCIDA PELO DEFENSOR DATIVO. ANUÊNCIA DO ACUSADO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA. 1. Proferida sentença de pronúncia, resta prejudicado o pedido de revogação da prisão preventiva, haja vista a não-juntada do novo título aos autos. 2. Não viola os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como não prejudica o réu, a ausência de intimação do advogado constituído para o interrogatório, se a defesa foi exercida por defensor dativo, com a anuência do réu, de maneira plena em todos os atos processuais. 3. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.²²³

Informativo nº 0478: Trata-se de paciente preso preventivamente e denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 157, § 3º, do CP (latrocínio), tendo subtraído o valor de R\$ 60 mil em espécie, que seria produto da venda de um imóvel celebrada com o próprio acusado. Alega o impetrante a nulidade de uma das audiências deprecadas para ouvir uma testemunha de acusação devido à impossibilidade de seu comparecimento simultâneo às duas, uma vez que também fora marcada para o mesmo dia e horário uma outra audiência em comarca diversa, à qual ele compareceu para ouvir duas testemunhas de acusação. Para o Min. Relator, no caso dos autos, o advogado do paciente foi cientificado das datas e horários das audiências nos juízos deprecados com três dias de antecedência; por isso, teve tempo suficiente para requerer um adiamento, mas, em vez disso, ficou-se inerte. Por outro lado, asseverou não haver prejuízo porque, da análise do termo da audiência que a impetração pretende anular, verificou também que a testemunha ouvida afirmou tão somente ter achado o corpo da vítima e chamado a polícia, sem ter presenciado o fato delituoso; disse, ainda, não conhecer a vítima ou o acusado. Assim, concluiu o Min. Relator ser irrelevante o testemunho para a defesa, visto que as declarações em nada alterariam o panorama fático do processo, nem esclareceriam a possível autoria do fato criminoso, sendo mesmo desnecessárias ao deslinde da causa. Destacou, ainda, que a intimação da defesa dessas audiências no juízo deprecado, em tese, seria dispensável, segundo a orientação deste Superior Tribunal, conforme a Súm. n. 273-STJ. Dessa forma, concluiu que, como houve a intimação, o certo é que elas deveriam ter sido marcadas em dias diferentes, a possibilitar o comparecimento do advogado de defesa, porém, como o ato já foi praticado, nesse caso, é indispensável verificar se a sua realização causou efetivo prejuízo ao réu. Na hipótese, esclarece que se pode constatar a absoluta desnecessidade de sua repetição ou anulação, como postulado, por nada servir ao paciente o testemunho prestado. Assim, a seu ver, admitir a nulidade sem nenhum critério de avaliação, apenas por simples presunção de ofensa aos princípios constitucionais é permitir o uso do devido processo legal como mero artifício ou manobra de defesa, e não como aplicação do justo a cada caso, distanciando-se o Direito do seu ideal, qual seja, a aplicação da Justiça. Com esse entendimento, a Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, não obstante o parecer do subprocurador em sentido contrário, denegou a ordem²²⁴.

²²³ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 93773-PI**. 5ª Turma. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. J. 19.11.2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 21.11.2011.

²²⁴ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 181674-PE**. 5ª Turma. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. J. 21.06.2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 21.11.2011.

ACÇÃO PENAL. Processo. Audiência. Inquirição de testemunhas da acusação. Réu preso ausente, embora requisitado. Ato realizado a pedido do defensor constituído. Ausência de prejuízo ao réu. Nulidade inexistente. HC denegado. Precedentes. Não há, no processo penal, nulidade ainda que absoluta, quando do vício alegado não haja decorrido prejuízo algum ao réu.²²⁵

RECONHECIMENTO PESSOAL. INOBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES DO ART. 226 DO CPP. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. *PÁS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. 1. De acordo com o sistema da instrumentalidade das formas, abertamente adotado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, não se declara a nulidade do ato sem a demonstração do efetivo prejuízo para a parte em razão da inobservância da formalidade prevista em lei. 2. No caso em comento, contudo, a defesa não logrou demonstrar o prejuízo advindo da alegada inobservância das formalidades do art. 226 do CPP, até porque feitos outros 3 reconhecimentos pessoais, razão por que não há falar em nulidade e, por consequência, em constrangimento ilegal. 3. Ordem denegada.²²⁶

HABEAS CORPUS. NULIDADE. CRIME DE RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI 201/67. CO-AUTORIA MANIFESTAÇÃO MINISTERIAL APÓS DEFESA PRELIMINAR. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. *PÁS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. 1. Se por um lado, "o devido processo legal, amparado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, é corolário do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, pois permite o legítimo exercício da persecução penal e eventualmente a imposição de uma justa pena em face do decreto condenatório proferido" (HC 94.020/AP), por outro não há olvidar que o processo penal não é fim em si mesmo, pois instrumento para a aplicação do direito material. 2. De acordo com o sistema da instrumentalidade das formas, abertamente adotado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, não se declara a nulidade do ato sem a demonstração do efetivo prejuízo para a parte em razão da inobservância da formalidade prevista em lei. 3. In casu, a defesa não logrou demonstrar o eventual prejuízo advindo da manifestação ministerial após a apresentação da defesa prévia. INVERSÃO DE OITIVA DAS TESTEMUNHAS. CARTA PRECATÓRIA. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE. PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. 1. Esta Corte de Justiça firmou o entendimento de que a inversão da oitiva de testemunhas de acusação e defesa não configura nulidade quando a inquirição é feita por meio de carta precatória, cuja expedição não suspende a instrução criminal. DENÚNCIA. PEÇA INAUGURAL QUE ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS EXIGIDOS. INICIAL ACUSATÓRIA QUE DESCREVE CRIME EM TESE. CONRSO DE AGENTES. INÉPCIA NÃO EVIDENCIADA. ORDEM DENEGADA. 1. Não pode ser acoimada de inepta a denúncia formulada em obediência aos requisitos traçados no artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo a conduta típica, cuja autoria é atribuída ao paciente devidamente qualificado, circunstâncias que permitem o exercício da ampla defesa no seio da persecução penal, na qual se observará o devido processo legal. 2. Nos chamados crimes de autoria coletiva, embora a vestibular acusatória não possa ser de todo genérica, é válida quando, apesar de não descrever minuciosamente as atuações individuais dos acusados, demonstra um liame entre o agir da paciente e a suposta prática delituosa, estabelecendo a

²²⁵ BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. HC nº 82899-SP. 2ª Turma. Rel. Min. Cezar Peluso. J. 02.06.2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 21.11.2011.

²²⁶ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 208170-DF. 5ª Turma. Rel. Min. Jorge Mussi. J. 13.10.2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 21.11.2011.

plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa, caso em que se entende preenchidos os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal. Precedentes. 3. Ordem denegada.²²⁷

Portanto, a par desses julgados, além de muitos outros que aqui não foram citados, verificamos que os valores defendidos ao longo desse trabalho de monografia – relativização, instrumentalidade, boa-fé - vêm ganhando cada vez mais destaque nos acórdãos proferidos pelos tribunais superiores do país, corroborando, ainda mais, com a corrente doutrinária sustentativa da validade apriorística dos atos processuais, pela qual nos filiamos.

²²⁷ BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **HC nº 167900-MG**. 5ª Turma. Rel. Min. Jorge Mussi. J. 13.10.2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 21.11.2011.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise da nulidade processual penal, na esteira da “nova” doutrina, constatou-se que ela constitui uma sanção de ordem processual, e não o vício em si. Somente através de declaração judicial, o ato processual defeituoso poderá ter seus efeitos suprimidos e, aí sim, ser nulo/anulado. Até isso ocorrer, ele é plenamente eficaz.

De outra banda, verificou-se o intenso anacronismo doutrinário entre o que é vocalizado pelas lições doutrinárias acerca da sistematização do tema em análise. Os esquemas teóricos tradicionais vêm se demonstrando claramente insuficientes para explicar, no plano concreto, todas as possibilidades de atos defeituosos, ao separarem as nulidades em critérios contraditórios entre si, muitas vezes fulcrados numa gradação de vício bastante imprecisa. São encontrados rótulos distintos para se referir a fenômenos idênticos, como também podemos visualizar sistematizações mais detalhadas do que outras. A par disso tudo, aferimos que a justificação das classificações das nulidades processuais penais é mais de índole formal do que propriamente uma coerência efetiva.

Ademais, os esforços doutrinários para uniformizar a classificação e indicar uma espécie de tipologia das nulidades acabaram reduzindo as possibilidades de compreensão acerca do assunto. Isso porque há uma forte tensão entre a vinculação a enunciados classificatórios e a necessidade de compreensão. Esta, sim, estimula o interprete a prosseguir no afã hermenêutico para encontrar a melhor solução para o caso concreto.

E a razão disso tudo se deve à impossibilidade de tratamento do tema das nulidades afastado do caso concreto. Não podemos dividir as nulidades em “relativas” e “absolutas” com base em critérios tipicamente abstratos.

Toda essa dificuldade de compreensão do tema, bem como a tradição formalista de considerar muitos defeitos passíveis de nulidade absoluta, acabaram contribuindo para uma patente banalização jurisprudencial das nulidades na esfera criminal. Vê-se uma enorme quantidade de acórdãos proferidos pelos tribunais de justiça dos estados dando maior destaque às formalidades, pronunciando nulidades a todo tempo, na maioria das vezes, sem critérios seguros, baseados em fórmulas vagas, fluidas, sem cientificidade e frases puramente retóricas. Tal cenário compôs um ambiente propício para que a defesa do réu atuasse de má-fé. Na prática, o processo penal acabou se transformando num verdadeiro campo de guerra em que aquela tenta, de inúmeras maneiras, anular todo o processo ou um ato processual específico,

na busca incessante de que o procedimento retorne a fases anteriores e, ao final, seja possivelmente declarada a extinção da punibilidade do réu em virtude da superveniência da prescrição.

Diante desse contexto – da excessiva morosidade em que vem atuando o Poder Judiciário e do consequente desprestígio da prestação jurisdicional –, emerge a importância dos preceitos flexibilizadores das nulidades no processo penal previstos pela legislação processual penal em vigor.

Atualmente, constatamos que existe uma espécie de “meta legislativa” no sentido de máximo aproveitamento dos atos processuais praticados, de forma que a declaração judicial de nulidade deva constituir medida excepcional, isto é, aplicável somente se não houver outra solução menos gravosa para o trâmite processual.

E é nesse contexto que emerge o princípio da validade *prima facie* dos atos processuais, segundo o qual se não ficarem concretamente evidenciadas circunstâncias especiais que revelem uma repercussão deletéria do vício formal, mantém-se a prioridade normativa pela validade do ato.

É essencial para um Estado Democrático de Direito, a existência de um processo célere que, ao mesmo tempo em que assegure os direitos e garantias individuais do acusado, não abra mão da eficácia das decisões judiciais.

O princípio da validade apriorística dos atos processuais tem sido a tendência verificada nas jurisprudências dos tribunais superiores nos últimos tempos. Nelas, os vícios dos atos processuais praticados em desconformidade com a lei têm sido relevados, as declarações judiciais de nulidades evitadas e os atos processuais aproveitados o quanto possível, sem qualquer distinção a respeito da gravidade dos seus defeitos. Não há vício que não possa ser sanado, por mais grave que seja. Essa premissa assegura ao processo o cumprimento de sua missão, sem transforma-se num fim em si mesmo.

A flexibilização das nulidades processuais penais não consiste na “desprocessualização” do sistema. O procedimento é importante para reduzir as assimetrias processuais e, juntamente com os princípios do contraditório e da ampla defesa, conduz, de forma eficaz, à decisão judicial. O que deve ser mudado, na verdade, é o raciocínio da invalidação e a compreensão das nulidades. Vimos que o sistema brasileiro dispõe de mecanismos suficientes para vencer o formalismo desnecessário, sem sentido, pernicioso, e conduzir o processo às suas reais metas.

Da mesma forma que existe um interesse público na assecuridade dos direitos processuais do réu, existe o interesse público na busca da verdade real e na sanção à conduta criminosa. Ao aplicador do direito caberá, por ocasião da verificação de um ato praticado irregularmente, procurar um ponto de equilíbrio entre as garantias processuais do acusado e a efetividade do processo penal, ponderando qual dos interesses deverá prevalecer no caso concreto.

Nada, nem mesmo o direito à ampla defesa e ao contraditório, deve ser exaltado ao ponto de impedir o normal conduzimento da marcha processual dentro dos padrões normativos da ética processual e a busca da verdade real. Não há outro interesse público mais alto para o processo do que o de cumprir a sua missão de integração da ordem jurídica mediante a concretização imperativa do direito material.

Destarte, concluímos que a prioridade normativa em favor da validade dos atos praticados no processo empurra o convencimento do magistrado no sentido da manutenção e aproveitamento do ato. Essa preferência poderá ser infirmada, tão somente, se motivos suficientes demonstrarem a necessidade de nulificação. A nulidade de um ato processual, portanto, deve ser encarada pelo direito como solução de *ultima ratio*.

REFERÊNCIAS

ARAKEN, Assis de. **Manual da Execução**. 13.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ALEZY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 20.11.2011.

BRASIL. **Código de Processo Criminal de Primeira Instância**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm. Acesso em: 20.11.2011.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 20.11.2011.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 20.11.2011.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 21.11.2011.

BRASIL. **Ordenações Filipinas**. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p713.htm>. Acesso em: 20.11.2011.

BRASIL. **Regulamento nº 120, de 31 de janeiro de 1842**. Disponível em: [http://www.prpe.mpf.gov.br/internet/Legislacao/Criminal/Regulamentos/REGULAMENT - N.-120DE-31-DE-JANEIRO-DE-1842](http://www.prpe.mpf.gov.br/internet/Legislacao/Criminal/Regulamentos/REGULAMENT-N.-120DE-31-DE-JANEIRO-DE-1842) Acesso em: 20.11.2011.

BRASIL. **Revista Jurídica Virtual**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_03/ordenamento%20jur%20brasil.htm. Acesso em: 20.11.2011.

BRASÍLIA. **Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 20.01.2011.

BRASÍLIA. **Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 20.01.2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Nulidade Processual e Instrumentalidade do Processo. **Revista de Processo**. n. 60. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades no Processo Moderno**: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Nulidades no Processo Penal entre Garantismo, Instrumentalidade e Boa-Fé: a validade *prima facie* dos atos processuais. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Orgs.). **Garantismo Penal Integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. 2. ed. Salvador: Jus PODIVM, 2010.

_____. O Contraditório Como Dever e a Boa-Fé Processual Objetiva. **Revista de Processo**. n. 126. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. Tradução da 5ª edição italiana por Santiago Sentis Melendo. v. I. Buenos Aires: Europa-America.

CONSTANTINO, Lúcio Santoro. **Nulidades no Processo Penal**. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Processo Penal**: doutrina e prática. Salvador: Jus PODIVM, 2009.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11.ed. Salvador: Jus PODIVM, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ESTADO DE MINAS GERAIS. **Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 20.11.2011.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite; FERNANDES, Geórgia Bajer. **Nulidades no Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código de Processo Penal e sua Interpretação Constitucional**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no Processo Civil. **Revista de Processo**. n. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOUREIRO, Antônio Tovo. O Descumprimento das Formas Processuais Penais Como Maximização do Poder de Punir: por uma nova teoria das nulidades. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. n. 26. dez. 2006. Porto Alegre.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 1. ed. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1965.

_____. **Estudos de Direito Processual Penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2001.

_____. **Tratado de Direito Processual Penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Nulidades no Direito Processual Penal**. 3. ed. Barueri: Manole, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O Formalismo-Valorativo em Confronto com o Formalismo-Excessivo. **Revista de Processo**. Ano 31. n. 137. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2006.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma Teoria das Nulidades Aplicada às Nulidades Processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 4. ed. Salvador: Jus PODIVM, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 3. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TOVO, Paulo Cláudio; TOVO, João Batista Marques. **Nulidades no Processo Penal Brasileiro: novo enfoque e comentário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VERDE, Giovanni. *Le Ideologie del Processo in um Recente Saggio*. **Rivista de Diritto Processuale**. n. 3. 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.